

VIDERESALG AV KONTRAKTER

PROBLEMER SOM REISES VED VIDERESALG AV KONTRAKTER PÅ BOLIG SOM IKKE ER FERDIGSTILT

Kandidatnummer: 363

Veileder: Trygve Bergsåker

Leveringsfrist: 25.april 2006

Til sammen 15 702 ord

17.06.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema, bakgrunn og de forskjellige problemstillinger	1
1.2	Metodebruk	4
1.3	Bakgrunn for valg av oppgave	5
<u>2</u>	<u>DEFINISJONER OG EN OVERSIKT OVER VIRKEOMRÅDET TIL BOUFL.</u>	<u>6</u>
2.1	Bustadoppføringslovas virkeområde.	6
2.1.1	Forholdet til annen lovgivning	7
2.2	Ulike definisjoner	14
2.2.1	Definisjon av begrepet ”forbruker”.	15
2.2.2	Definisjon av begrepet ”næringsdrivende”/”næringsvirksomhet”	16
2.2.3	Definisjon av begrepet ”entreprenør”	18
<u>3</u>	<u>DE ULIKE PARTSKONSTELLASJONER</u>	<u>19</u>
<u>4</u>	<u>BÅDE VIDERESELGER OG NY KJØPER ER NÆRINGSDRIVENDE</u>	<u>20</u>
4.1	Forholdet mellom opprinnelig selger og ny kjøper	21
<u>5</u>	<u>FRA NÆRINGSDRIVENDE VIDERESELGER TIL FORBRUKERKJØPER</u>	<u>24</u>
5.1	Når vil selger være entreprenør etter bustadoppføringslova?	26
5.2	Når er kjøper forbruker etter bustadoppføringslova?	33
5.2.1	Forbrukerbegrepet der boligen skal videreselges	36
5.2.2	Forbrukerbegrepet der boligen skal benyttes i utleievirksomhet	37

5.3	Hva blir virkningene av at bustadoppføringslova kommer til anvendelse?	39
5.3.1	Boufl. § 12. Garantier	39
5.3.2	Boufl. § 52. jf. § 53 Avbestilling	42
5.3.3	Utbetaling av videreselgers eventuelle gevinst	43
5.4	Forholdet mellom opprinnelig selger og ny forbrukerkjøper	44
<u>6</u>	<u>VIDERESELGER ER FORBRUKER OG NY KJØPER ER NÆRINGSDRIVENDE</u>	<u>47</u>
6.1	Forholdet mellom opprinnelig selger og ny kjøper	47
<u>7</u>	<u>BÅDE VIDERESELGER OG NY KJØPER ER FORBRUKERE</u>	<u>49</u>
7.1	Forholdet mellom ny kjøper og opprinnelig selger	49
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>50</u>

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema, bakgrunn og de forskjellige problemstillinger

Fra midten av 1990-tallet ekspanderte boligmarkedet i de store byene her i landet veldig. Flere både små og store boligprosjekt ble igangsatt. Prosjektet på Lilleborg i 1998 var et av de første den store aktøren OBOS¹ stod for. Senere fulgte Pilestredet Park i 2001, Sjølyststranda i 2003, for å nevne noen av de store boligprosjektene i Oslo. Rentenivået i denne perioden har vært lavt, økonomien god og kjøpekraften til folk flest har vært svært god. Det er disse faktorene som har ført til at slike nevnte boligprosjekt har vist seg å være en lønnsom suksess, – både for utbygger og for de som kjøper tidlig i byggefasen og som videreselger sin kontraktsposisjon. Så lenge situasjonen er slik som den er i dag, og har vært de senere år, oppstår det ikke så mange problemer i forbindelse med slike videresalg. Stort sett går alt som det skal. Utbyggere får solgt det de skal og sikrer sin økonomi på den måten. Og dersom en kjøper ønsker å videreselge finnes det stort sett alltid en kjøper. I den nevnte periode var det kun i en kortere periode rundt 11. september 2001 at boligmarkedet hadde en liten nedgang. Men; dette ”eventyrlige” boligmarkedet kan neppe vare for alltid. Rentehopp er spådd, og det må antas at markedet etter hvert blir mettet. Det er når glansbildet falmer og situasjonen ikke lenger er god økonomi og stor kjøpekraft at problemene melder seg. Når kjøperne uteblir, svekkes utbyggers økonomi og kan i verste fall gå konkurs. – Hvem skal da stå til ansvar i en situasjon der en kontrakt om rett til bolig er videresolgt fra kjøper nummer én? Eller hva skjer der en spekulant som har kjøpt opp flere leiligheter ikke får videresolgt slik planen var? Derfor er det viktig å klargjøre, om ikke svarene, men i minste fall problemene før et eventuelt ”krakk” skulle inntreffe.

¹ Oslo bolig og sparelag. En av Oslos mest sentrale boligutbygger.

Fra et prosjekt legges ut for salg til det står ferdig tar det omtrent to år, litt avhengig av hvor stort prosjektet er og hvordan salget går. For å finansiere disse prosjektene legges boligene oftest ut for salg lenge før de ferdigstilles. Dette betyr at boliger kjøpes ut ifra prospekter og modeller lenge før de er innflyttningsklare. Teoretisk sett vil dette være kjøp av en kontraktsposisjon. Dette foregår som regel ved at et mindre beløp av boligens totalverdi betales ved kontraktsinngåelsen og at det resterende betales ved overtagelsen av boligen. Mye kan skje i tiden mellom kontraktsinngåelsen og overtagelsestidspunktet. Det er ikke nødvendigvis slik at det er opprinnelig kjøper som tar over boligen, da denne kan ha solgt sin kontraktsposisjon videre til en ny kjøper. Det er de problemer som reiser seg ved videresalg av slike kontrakter som er tema for min oppgave. Situasjonen blir altså at utbygger A selger en kontraktsposisjon til kjøper B, og at B selger denne videre til kjøper C. Forholdet får altså to selgere og to kjøpere.

De spørsmål som er viktigst å få klarlagt er for det første hvem som er å anse som parter i kontrakten og hvordan de står i forhold til hverandre. Videre må det fastlegges hvilke regelsett som regulerer forholdene i de ulike situasjonene.

De ulike boligprosjekter kan være av svært ulik karakter. Enkelte boligprosjekter er små mens andre er store. Det kan dreie seg om alt fra avtale om én bolig til store prosjekter, som for eksempel det som ble igangsatt på gamle rikshospitalet i slutten av 1999. Og innenfor hvert enkel prosjekt er det store forskjeller på kjøpere, leiligheter, priser og ikke minst motivasjonen for kjøpet. Eksempelvis kan det nevnes at *Pilestredet Park* har til sammen 625 leiligheter. Størrelsene varierer fra 22-120m². Og prisene har ligget fra 825 000 til 5 630 000 Kroner.² Ut i fra disse tallene er det lett å tenke seg at de ulike videresalgs situasjoner kan ha forskjellige bakgrunner og være av ulike motiver. Enkelte aktører driver såkalt spekulasjon i boligmarkedet. Det vil si at det inngås kontrakt i den hensikt å aldri overta eller å innbetale fullt oppgjør for boligen, men å selge den videre før ferdigstilling for å kunne innkassere den eventuelle verdistigning som finner fra kontrakt inngås til

² Tallene er hentet i fra "Pilestredet Park – utbyggers historie". Utarbeidet av Skanska bolig

boligen er ferdig. I et marked med relativt god økonomi og lav rente har det vist seg både enkelt og lønnsomt å drive slik spekulasjon. Enkelte kjøper opp flere boliger og ofte i flere forskjellige prosjekter, og driver med boligkjøp og salg i en relativt stor grad. Andre kjøper kanskje kun én bolig for videresalg. For min oppgave blir det viktig å kartlegge hva disse kjøpere skal betraktes som? Er de ordinære forbrukere, næringsdrivende eller kanskje til og med entreprenører i visse tilfeller? Og er det noen forskjell på å kjøpe en bolig for videresalg og å kjøpe flere boliger? En annen situasjon som kan forekomme er at en ordinær forbrukerkjøper ser at det har skjedd en stor verdistigning og derfor ønsker å selge før overtagelse isteden for selv å overta boligen. Spørsmålet som da reiser seg er om og i hvilken utstrekning dette skiller seg fra det rene spekulasjonstilfellet.

Hvordan boligprosjektets utbygger stiller seg til slike videresalg varierer fra prosjekt til prosjekt. Enkelte legger forholdene godt til rette for spekulanter. Dette kan være for å få i gang salget og for å raskere oppnå tilstrekkelige midler for å kunne starte bygging. Andre utbyggere ønsker ikke spekulanter som kjøpere og stenger for videresalg ved å ta en bestemmelse om dette inn i kjøpekontrakten.

En hel del andre situasjoner kan føre til at opprinnelig kjøper ønsker å fri seg fra kontrakten. Dersom en kontrakt inngås to år før ferdigstilling kan mye skje i dette tidspunktet. Endrede familieforhold, økonomi og nye jobbmuligheter er bare noen eksempler på omstendigheter som kan føre til at boligene ikke lenger passer for kjøperen.

Spørsmålene jeg i det følgende skal forsøke å få klarhet i er hvordan selger, opprinnelig kjøper og ny kjøper forholder seg til hverandre, og hvordan rettigheter og forpliktelser vil være forskjellig avhengig av videresalgssituasjonen. Blir opprinnelig kjøper helt fri fra sine forpliktelser? Og overtar ny kjøper automatisk alle rettigheter første kjøper har? Dette må variere alt ettersom hvilken posisjon opprinnelig kjøper har. Dersom kjøper driver boligspekulasjon i stor stil, kan han muligens regnes som entreprenør og må da kanskje også bli forpliktet etter bustadoppføringslova, jf. §1 jf. §2 "avtaler mellom entreprenør og

ein forbrukar...” Er det derimot tale om kjøp og salg mellom to ordinære forbrukere kan det neppe knyttes like strenge forpliktelser til selgeren.

Det er altså først når de ulike partene er identifisert, enten som forbruker, næringsdrivende eller entreprenør, jeg kan finne ut hvilke regelsett som gjelder i de ulike situasjonene. Hovedreglen etter norsk rett er avtalefrihet, jf N-L-5-1. Det må i utgangspunktet være greit å inngå ulike avtaler på bakgrunn av alminnelig kontraktsrett. Stort sett benyttes standardkontrakter utviklet av prosjektets utbygger. Men Bustadoppføringslovas §3 fastslår at det ikke kan avtales dårligere vilkår enn de som er fastsatt i loven overfor forbrukere. Dette betyr at denne lovens preseptoriske preg innskrenker avtalefriheten på visse områder. Et annet spørsmål er i hvilken utstrekning avhendingslova kan komme til anvendelse, og om den i det hele tatt gjør det.

1.2 Metodebruk

I flere av de ulike videresalgstilfellene jeg skal vurdere, vil avtalefrihet mellom partene være utgangspunktet. Det er i de tilfeller der en av partene er forbruker at preseptoriske lovregler stenger for avtalefriheten. Det vil derfor være helt avgjørende for min oppgave å kartlegge begrepene ”næringsdrivende”, ”entreprenør” og ”forbruker”, for å finne ut om reglene i bustadoppføringslova stenger for avtalefriheten. I denne prosessen vil jeg for det første benytte meg av selve loven. Da lovteksten er relativt knapp på det aktuelle tema, vil jeg også måtte se hen til de ulike forarbeider i forbindelse med loven. Det som finnes av forarbeider er for det første to innstillinger: NOU 1992: 9 og NOU 1993: 20.³ Videre finnes lovproposisjonen fra Justisdepartementet; Ot prp. nr. 21 (1996-97). Og til slutt foreligger en innstilling fra stortingskomiteen; Inst. O. nr. 61(1996-97). Det meste av lovens forarbeider stammer fra begynnelsen av 1990-tallet. På den tiden var boligmarkedet et helt annet enn det vi har i dag. Mange av de problemstillinger som kan reise seg i dag var mer eller mindre utenkelige på den tiden. I og med at mesteparten av forarbeidene ikke ser de

³ Utarbeidet av Lilleholt-utvalget, utvalg oppnevnt 28. juni 1988

problemer jeg tar for meg, er det naturlig nok ikke mye hjelp å hente i disse. Ot prp nr 21 (1996-97) er det materialet som er utarbeidet i forkant av loven, som vil være til størst hjelp for meg, samtidig er det viktig å påpeke at dette dokumentet tross alt ikke har den største rettskildemessige betydning. Det vil derfor kunne være hensiktsmessig å se hen til annen forbrukerlovgivning som utfyllende rettsgrunnlag og ved fastleggelsen av ulike begreper. Av juridisk litteratur er det heller lite. Jeg har funnet frem til to bøker; ”avtale om kjøp av ny bustad” Kåre Lilleholt (2001) og ”Kjøp av ny bolig” Trygve Bergsåker (2000). Annen forbrukerrett og generelle kontraktsprinsipper vil kunne være til hjelp for å fastlegge begrepene. I mitt arbeid vil jeg også se på en del av de kontrakter som benyttes ved slike salg, for å se hvordan eiendomsbransjen behandler problemstillingene. Meg bekjent, finns det ikke rettsavgjørelser på området.

1.3 Bakgrunn for valg av oppgave

Gjennom min deltidsjobb ved siden av jusstudiene har jeg selv jobbet en del med salg av nye boliger. I den forbindelse har jeg sett en hel del eksempler på videresalg av kontrakter på boliger som ikke er ferdigstilt. For meg synes rettstilstanden på dette området ganske uklar og inkonsekvent. Boligsalgsbransjen opptrer ikke likt i alle tilfeller og det virker noe vilkårlig hvilke vilkår kontrakter inngås på. Dessuten kan det virke som at mye av problematikken ved bustadoppføringslovas ufravikelighet lett overses i de tilfellene der videreselgers rettslige status ligger i gråsonen mellom forbruker og næringsdrivende. De ulike partsbetegnelser som benyttes i bustadoppføringslova tas ofte ikke hensyn til og de samme kontrakter benyttes uansett om videreselger er forbruker eller ikke. Mitt ønske og mål med denne avhandling blir derfor å forsøke å klarlegge rettstilstanden på et område jeg personlig finner meget interessant.

2 Definisjoner og en oversikt over virkeområdet til boufl.

Bustadoppføringslova er den loven som i størst grad setter grenser for avtalefriheten i de spørsmål min oppgave reiser. Det er derfor hensiktsmessig å innledningsvis, kort, kartlegge lovens virkeområde. For å kunne foreta de ulike drøftelsene senere i avhandlingen, er det helt nødvendig at visse begreper kartlegges og defineres. Partsbegrepene som benyttes i bustadoppføringslova må klarlegges for å kunne ta stilling til om lovens preseptoriske regler kommer til anvendelse. Innholdet i begrep som ”forbruker”, ”næringsdrivende” og ”entreprenør” må derfor klarlegges.

2.1 Bustadoppføringslovas virkeområde.

Bustadoppføringslova av 13. juni 1997 nr. 43 (boufl.) regulerer avtaler mellom ”entreprenør og forbruker om oppføring av ny eigarbustad”. Lovens virkeområde er stadfestet i § 1. Loven gjelder for det første mellom *byggherre* og *entreprenør*, dette slås fast i § 1 første ledd bokstav a. Og for det andre slår bestemmelsens bokstav b fast at loven også gjelder mellom *kjøper* og *selger*. I utgangspunktet er slike kjøpeavtaler om bolig omfattet av Avhendingslova⁴ eller av Tomtefestelova⁵, men bokstav b fastslår at hele avtalen, det vil si oppføring og overføring av boligen, skal falle inn under Bustadoppføringslova. Der boufl. kommer til anvendelse vil ikke avhl. gjelde, den ene lov utelukker dermed den andre. De videresalgssituasjonene jeg har for øyet omfattes eventuelt av lovens § 1, første ledd bokstav b, da videreselger i min avhandling aldri vil være ”byggherre”. For at loven skal få anvendelse etter § 1 første ledd bokstav b, er det i Ot prp

⁴ Lov av 3. juli 1992 nr. 93

⁵ Lov av 20. desember 1996 nr. 98

nr 21 1996-97 sagt at det må dreie seg om en avtale som omfatter *ny bolig*. Et videre vilkår er at det arbeid entreprenøren skal stå for *ikke er fullført på avtaletiden*. Det kan etter dette oppstilles tre vilkår som alle må være oppfylt før loven kommer til anvendelse etter § 1 første ledd bokstav b: For det første må avtalen være inngått mellom rette parter. For det andre må avtalen dreie seg om kjøp av ny bolig og til slutt er det et vilkår om at det arbeid som skal utføres ikke er fullført. Loven gjelder både bolig, både eierbolig og andelsleilighet⁶, og fritidsbolig.⁷ Det spiller altså ingen rolle om boligen skal benyttes som helårsbolig eller om det er snakk om fritidsbolig som skal benyttes kun av og til. Dersom avtalen er inngått mellom det loven definerer som en forbruker og en entreprenør, nyter forbrukeren godt av det forbrukervern loven gir.

I min avhandling kommer jeg ikke i noen særlig grad til å drøfte de problemer som kan reises i forbindelse med spørsmål om hvorvidt boligen er ferdigstilt eller ikke. Problemstillingen rundt kriteriet "ny bolig" vil heller ikke være av særlig interesse for min oppgave. Det som derimot er av interesse for min avhandling, er partsproblematikken. Spørsmål om hvilke parter som skal betegnes som hva vil være vesentlig for meg å klargjøre.

2.1.1 Forholdet til annen lovgivning

Før bustadoppføringslova ble utviklet, fantes det ingen særlige regelsett som regulerte avtaler om oppføring av ny bolig mellom næringsdrivende entreprenør og forbrukerkjøper. Det aktuelle rettsområdet må kunne sies å falle igjennom andre lover på det tilstøtende området. Da det i videresalgssituasjoner finnes partskonstellasjoner som ikke reguleres av boufl, kan det være hensiktsmessig å vurdere om noen lover på det tilstøtende området kan

⁶ I utgangspunktet var ikke andelsleilighet omfattet av loven, men er nå inntatt i § 1a. Endringen ble føyd til ved lov av 6. juni 2003 nr. 39.

⁷ Jf. Boufl. § 1, tredje ledd.

komme til anvendelse og regulere avtalen der forholdet faller utenfor boufl. Det kan for eksempel stilles spørsmål om forbrukerkjøpsloven kan regulere avtaler mellom næringsdrivende videreselger, som ikke er entreprenør, og forbrukerkjøper.

Boufl. § 4 sier noe om denne lovs forhold til annen lovgivning:

”§ 4. Tilhøvet til annen lovgjeving

Føresegnene i lova her gjeld berre så langt ikkje annan følgjer av lov av 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp.

For avtale om rett til fast eigedom som ikkje er omfatta av § 1 første ledd bokstav b, gjeld lov av 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eigedom eller lov av 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste om ikkje annan går fram av lova her.”

Ut i fra denne bestemmelsen er det klart at både kjøpsloven, avhendingsloven og tomtefesteloven kan komme til anvendelse i situasjoner som ikke fullt ut reguleres av bustadoppføringslova. Det kan også være nyttig å kartlegge virkeområdet for andre tilstøtende lover, da disse muligens kan komme til anvendelse i situasjoner som ikke faller inn under bustadoppføringslovas virkeområde. Jeg velger derfor å gi en kort redegjørelse for de aktuelle lovene og deres forhold til boufl. Dette gjøres for å lettere kunne fastslå hvilke regler som gjelder i de ulike situasjoner som kan oppstå i forbindelse med videresalg av boligkontrakter. Jeg velger å kun redegjøre for de tilstøtende lovene som er av betydning for min oppgave, og kun i den grad de er aktuelle for de spørsmål som reises her.

2.1.1.1 Forholdet til Forbrukerkjøpsloven

Mitt motiv med denne redegjørelsen er å finne ut om det kan være aktuelt å la lov av 21. juni 2002 nr. 34, Forbrukerkjøpsloven, komme til anvendelse i tilfeller der videreselger er næringsdrivende, men ikke regnes som entreprenør etter bustadoppføringslova.

Forbrukerkjøpsloven regulerer *forbrukerkjøp*.⁸ Hva som menes med begrepene forbruker og forbrukerkjøp er fastlagt i lovens § 1:

”Med forbrukerkjøp menes salg av ting til en forbruker når selgeren eller selgerens representant opptrer i næringsvirksomhet.

Med forbruker menes en fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet”⁹.

Denne definisjonen av *forbruker* er helt tilsvarende den som benyttes i bustadoppføringslova § 2 første ledd. I forbrukerkjøpsloven er det inntatt en fotnote med en henvisning til andre forbrukerlover. Bustadoppføringslovas virkeområde og definisjonen av forbrukerbegrepet¹⁰ ble endret i forbindelse med forbrukerkjøpslovens ikrafttredelse. Det må etter dette være meningen at forbrukerbegrepet i disse to lovene skal gis samme betydning og være av samme omfang.

Forbrukerkjøpsloven gjelder, som nevnt, salg av ”ting til en forbruker”. *Ting* svarer her til begrepsbruken som er benyttet i kjøpsloven av 1988. Kjøp av en boligkontrakt kan vanskelig sies å falle inn under den generell betegnelsen av begrepet ”ting”. Men forbrukerkjøpslovens § 2 klarlegger lovens virkeområde på områder som ellers kunne tenkes å volde tvil. Av § 2 første ledd bokstav c fremgår det at loven også gjelder ved kjøp av *fordringer og rettigheter*. Spørsmålet må da videre bli om kjøp av slik kontraktsposisjon som det her er tale om, faller inn under lovens betegnelse av *rettighet* eller *fordring*. Ved videresalg av en kontrakt overføres retten til den ferdige bolig fra videreselger til ny kjøper. Slik jeg ser det, kan det da ikke være mye tvil om at kjøp av en kontraktsposisjon må anses som kjøp av en *rettighet*. Forbrukerkjøpslovens § 2 andre ledd bokstav a avgrenser lovens virkeområde mot kjøp av fast eiendom. I bestemmelsens andre ledd bokstav b avgrenses virkeområdet også mot avtale om oppføring av bygning på fast eiendom. På side 158 i Ot.

⁸ Jf. Forbrukerkjøpsloven § 1 første ledd

⁹ Forbrukerkjøpslovens § 1, andre og tredje ledd

¹⁰ Se boufl. §§ 1 og 2

prp nr. 44 2001-2002 sies det at henholdsvis avhendingsloven og bustadoppføringslova kommer til anvendelse i de tilfellene som omfattes av forbrukerkjøpslovens § 2 andre ledd bokstav a og b. For meg synes det noe uvisst hvorvidt denne avgrensingen mot fast eiendom fører til at videresalg av kontrakter på ny bolig som ikke er ferdigstilt faller utenfor forbrukerkjøpslovens anvendelsesområde. Svaret på hvordan dette bør håndteres må ligge i hva en skal anse slike kontraktsoverføringer som. I praksis vil det jo være tale om kjøp av ny bolig. Men rent teoretisk sett er det *retten* til den ferdigstilte boligen som kjøpes. I og med at avtaler om kjøp og oppføring av fast eiendom helt eksplisitt er unntatt fra lovens virkeområde, vil det være en rask slutning å konkludere med at et kjøp av slik boligkontrakt faller inn under lovens *rettighetsbegrep*, jf. § 2 andre ledd bokstav c.

I NOU 1993: 27 punkt 2.3.3 og 2.3.5 er forbrukerkjøpslovens forhold til kjøp av fast eiendom og entrepriseavtaler diskutert. I forhold til kjøp av fast eiendom uttales det at spørsmålet ble drøftet i forbindelse med utarbeidingen av kjøpsloven av 1988. Da det her ikke ble funnet ønskelig å la denne lov omfatte omsetning av fast eiendom, ble det i forbindelse med forbrukerkjøpsloven heller ikke aktuelt å la denne regulere spørsmål om eiendomsavhending. Loven er også avgrenset mot entrepriseavtaler. På side 43 i NOU 1993: 27 vises det til at kjøpsloven ikke gjelder oppføring av bolig på fast eiendom. Og i og med at bustadoppføringslova nå regulerer boligoppføringsavtaler var det ikke nødvendig å la forbrukerkjøpsloven omfatte slike forhold.

Av uttalelsene i lovens forarbeider fremkommer det at meningen er at alternative lover kommer til anvendelse der forbrukerkjøpsloven ikke gjelder. I de tilfeller der videreselger av en boligkontrakt er næringsdrivende men ikke oppfyller entreprenørkriteriene, vil jo heller ikke boufl. komme til anvendelse¹¹. Her vil det være fornuftig om forbrukerkjøpsloven blir tillagt virkning, ellers vil forholdet falle igjennom regulert lovgivning. Det kan ikke være meningen at en forbruker som kjøper en boligkontrakt av en næringsdrivende videreselger ikke skal kunne beskyttes av forbrukerregler. Etter dette

¹¹ Jf. Boufl. § 1.

virker det fornuftig å konkludere med at forbrukerkjøpsloven kan regulere avtaler om videresalg av rett til bolig i noen tilfeller, jf. Forbrukerkjøpslovens § 2 første ledd bokstav c

2.1.1.2 Forholdet til Avhendingslova

Lov av 3. juli 1992 nr. 93, Avhendingslova (avhl.), gjelder for avhending av fast eiendom¹². Lovens virkeområde reguleres av § 1-1.

”1-1. Kva lova gjeld

*(1) Lova gjeld avhending av fast eigedom når avhendinga skjer ved frivillig sal, byte eller gåve. Som fast eigedom vert rekna grunn og bygningar, og elles andre innretninger som er varig forbundne med grunnen.”*¹³

§ 1-1 (2) avgrensar lovens virkeområde mot avtaler som reguleres av bustadoppføringslova. Dette betyr at avhendingslova ikkje regulerer rene entreprisavtaler mellom næringsdrivende entreprenør og forbrukerkjøper. Som regel er det enkelt å skille mellom avhending og entreprise. Men det finnes også litt mer kompliserte avtaleformer, nemlig de som ligger midt imellom kjøp og entreprise. Det er nettopp slike avtaler jeg tar for meg i min avhandling. Disse blandingsavtalene reguleres av lovens § 1-1 (3).

”§ 1-1 (3)

Ved samansett avtale som gjeld avhending av fast eigedom saman med oppføring av bygning eller anna yting frå seljaren, gjeld lova berre for avhendingsdelen. Dersom tillegget til avhendinga utgjer ein uvesentleg del, gjeld lova så langt ho høver likevel for heile avtala.”

¹² Jf. Lovens § 1-1

¹³ Utdrag av avhl. § 1-1

Her fastslås det at avhl. regulerer *avhendingsdelen* av kontrakten dersom en slik sammensatt avtale foreligger. Da avhendingslova, som nevnt, er avgrenset mot avtaler som reguleres av bustadoppføringslova, vil avhendingsloven kun kunne regulere de avtaler som faller utenfor denne lovs virkeområde.

Store byggeprosjekt kan ofte sies å ligge i grenselandet mellom ren avhending og entreprise. Utbygger sikrer seg først rett til et tomteområde, starter salget av boligene, for så å oppføre de. Kjøpers påvirkningsmuligheter i byggeprosessen vil være varierende fra prosjekt til prosjekt. Dessuten vil muligheten også ofte variere med når kjøpekontrakt inngås. Jo senere i byggeprosessen boligen kjøpes, desto mindre mulighet gis det til å være med på utforme den ferdige bolig. Avtalen vil bære mer preg av avhending enn entreprise i de tilfellene der kjøper ikke kan påvirke byggeprosessen. Der en boligkontrakt videreselges, vil det ikke være selger som står for boligoppføringen. Her har videreselger kjøpt en boligkontrakt fra entreprenøren, for så å selge den videre. Selger vil da bare stå for *videreformidlingen* av salgskontrakten, mens opprinnelig utbygger fortsatt står for oppføring av boligen. Selv om avtalen nå inneholder flere avtaleparter, må også dette sies å være en blanding av salg og entreprise. Etter avhendingslovas § 1-1 kan denne loven regulere deler av avtalen der bustadoppføringslova ikke kommer til anvendelse.

Avhendingslova gjelder både i og utenfor forbrukerkjøp, jf. § 1-2. Systemet er slik at utenfor forbrukerkjøp kan loven fravikes ved avtale, mens det i forbrukertilfeller er visse preseptoriske bestemmelser som må overholdes.

I noen situasjoner kan det være riktig å se en avtale om kjøp av bolig som ikke er ferdigstilt som en ren avhendingsavtale; da kan i så fall avhendingsloven gjelde for hele avtalen. Og dersom entreprisedelen kun utgjør en uvesentlig del av avtalen, gjelder avhendingslova så langt den passer for hele avtalen.¹⁴ Et avgjørende moment i vurderingen av om det foreligger en "blandingsavtale" eller en ren avhendingsavtale må være hvor stor

¹⁴ Jf. § 1-1 (3) siste setning.

påvirkningsmulighet kjøper har i anledning oppføring av boligen. Desto mindre påvirkningsmulighet kjøper har, jo mer nærliggende er det at det er tale om en ren avhendingsavtale. I mange boligprosjekter er det ofte slik at kjøper får noen få valgalternativer når det gjelder materialvalg til for eksempel gulv, bad og kjøkken. Av og til er det også mulig å påvirke plantegningene med tanke på rominndeling og planløsninger. Men stort sett vil ikke kjøper ha de helt store mulighetene til å være med på planleggingen og prosjekteringen. Der kjøper overhodet ikke kan påvirke byggeprosessen, vil det nok være mer fornuftig å karakterisere avtalen som et rent kjøp fremfor en entrepriseavtale.

Kort oppsummert kan altså avhendingslova komme til anvendelse for *avhendingsdelen* i en avtale med innslag av både entreprise og salg, med mindre bustadoppføringslova regulerer forholdet. Disse situasjonene kan for eksempel oppstå der det foreligger en ufullstendig avtale mellom næringsdrivende.

2.1.1.3 Forholdet til Kjøpsloven

Lov av 13. mai 1998 nr. 27, kjøpsloven, regulerer *løsørekjøp*. Kjøpslovens § 2 avgrenser lovens virkeområde mot ”avtale om oppføring av bygning eller annet anlegg på fast eiendom.” Videre heter det i bestemmelsen at loven ikke gjelder ”avtale som pålegger den part som skal levere tingen, også å utføre arbeid eller annen tjeneste, og dette utgjør den overveiende del av hans forpliktelser.” Kjøpsloven skal etter dette ikke gjelde der det er tale om entreprise eller håndverkertjeneste.

I og med at kjøpsloven er avgrenset mot eiendomsavhending og entrepriseavtaler, vil de kjøpekontrakter jeg behandler i utgangspunktet ikke omfattes av lovens virkeområde. Dersom videresalgskontrakten sees som kjøp av *kontraktsposisjon*, og ikke *fast eiendom*, kan det allikevel være aktuelt å drøfte om kjøpsloven kan regulere rettsforholdet.

Der verken bustadoppføringslova, forbrukerkjøpsloven eller avhendingsloven kommer til anvendelse og en eventuell foreliggende avtale mellom partene ikke er mangelfull, kan det

reises spørsmål om kjøpsloven kan komme til anvendelse. Det vil for eksempel kunne være aktuelt i situasjoner der kjøper ikke er forbruker, og forholdet dermed faller utenfor annen lovgivning. I partskonstellasjonen der begge parter er næringsdrivende kan det vurderes om kjøpslovens regler kan legges til grunn i mangel av avtale og annen lovgivning.

Svaret på spørsmålet vil avhenge av hvorvidt kjøp av kontrakten faller inn under kjøpsloves virkeområde. Jeg nøyer meg med å kun reise problemstillingen, og vil derfor ikke komme med noen drøftelse eller konklusjon på dette området.

2.1.1.4 Forholdet til håndverkerlova

Håndverkertjenesteloven¹⁵ regulerer avtaler om håndverkertjenester med forbruker. Loven gjelder arbeid både på løsøreting og fast eiendom, jf § 1. Men full ombygging av bolig reguleres av bustadoppføringslova, jf. boufl. § 1 tredje ledd. Håndverkertjenesteloven vil ikke være særlig aktuell i min avhandling, da det her dreier seg om videresalg av rett til bolig. Selger vil sjelden stå for noen del av arbeidet eller oppføringen av boligen, og følgelig kommer ikke denne lov til anvendelse. Jeg ser det derfor ikke nødvendig å gå nærmere inn på forholdet mellom de to lovene her.

2.2 Ulike definisjoner

I dette avsnittet vil jeg gi relativt korte og konsise definisjoner av de mest relevante begrepene for min avhandling. Her vil begreper som *forbruker*, *næringsdrivende* og *entreprenør* bli redegjort for. Dette ser jeg som hensiktsmessig for å lettere følge drøftelsene senere i avhandlingen. Da begrepene blir drøftet mer utførlig senere, særlig i kapittel 5, gis det derfor bare en rask innføring i terminologien her.

¹⁵ Lov av 16. juni 1989 nr. 63

2.2.1 Definisjon av begrepet "forbruker".

Bustadoppføringslova § 2 gir definisjonen av hvem som skal regnes som "forbruker". Definisjonen stiller krav både til partsposisjonen og formålet med avtalen:

"Som forbrukar vert rekna ein fysisk person som ikkje hovudsakleg handlar som ledd i næringsverksemd."

Som utgangspunkt faller altså juridiske personer utenfor lovens virkeområde. Det samme gjelder de rene næringsvirksomhetstilfellene. Forbrukerbegrepet i denne loven svarer til definisjonene av begrepene i forbrukerkjøpsloven, kjøpsloven, håndverkertjenesteloven og avhendingsloven.¹⁶ Dette svarer igjen til en EF-orientert begrepsbruk. Det kan sies at det gjennom en viss tid nå er utviklet en noenlunde ensartet forståelse av begrepet. Hva som er kjøpets hovedformål må være avgjørende for kjøpers rettslige stilling.

I forbindelse med utarbeidelsen av forbrukerkjøpsloven av 21. juni 2002 nr. 34 ble *forbrukerbegrepet* noe utvidet og forandret. Vilkåret om at kjøpet må være foretatt til hovedsakelig personlig bruk for kjøper med familie, husstand eller omgangskrets for å falle inn under forbrukerbetegnelsen, ble da byttet ut med kriteriet om at kjøpet ikke kan være foretatt hovedsakelig som ledd i næringsvirksomhet. Denne endringen utvider forbrukerbegrepet ved at for eksempel yrkesanskaffelser og visse former for investeringskjøp også blir omfattet av begrepet. Lovens forarbeider, Ot prp. Nr. 44 2001-2002, sier at dersom det foreligger et kjøp med blandet formål, vil det avgjørende være hva som er hovedformålet med kjøpet.¹⁷ I Karnovs lovkommentar til forbrukerl. § 1 sies det at dersom næringsformålet ikke er i overvekt, vil forbrukervernet gjelde. Det må etter dette være klart at en viss form for næringsvirksomhet godtas før forholdet faller utenfor lovens

¹⁶ Ot prp nr. 21 1996-97 side 45

¹⁷ Se nærmere Ot. Prp. Nr. 44 2001-2002 side 35, punkt 3.3.7.2

virkeområde. Det interessante spørsmål blir å trekke grensen for når et kjøp er foretatt ”hovedsakelig i næringsvirksomhet”.

2.2.2 Definisjon av begrepet ”næringsdrivende”/”næringsvirksomhet”

Den som handler i *næringsvirksomhet*, må kunne sies å være *næringsdrivende*. Derfor vil begrepene næringsdrivende og næringsvirksomhet behandles under ett. Begrepene må kartlegges både i forbindelse med kjøper- og selgeposisjonen. Den øvre grense for tillatt næringsvirksomhet i forbrukerbetegnelsen må drøftes, dessuten må grensen for hvor selger kan sies å ikke opptre i næringsvirksomhet fastlegges. Bustadoppføringslovens tekst i seg selv gir ikke noe endelig svar på hvordan grensene for hva som skal anses som næringsvirksomhet skal trekkes. Svaret må derfor finnes andre steder enn i selve lovteksten. Siden boufl. ikke gir svar på hva som regnes for næringsvirksomhet, er det naturlig å støtte seg på andre rettskilder som finnes på tilstøtende områder. Hva som ligger i begrepet *næringsvirksomhet* må kunne antas å være det samme, enten vi befinner oss på skatte-, kjøps- eller kontraktsrettens område. Derfor kan det som er uttalt om fastleggelsen av begrepet, både i skatteloven og ellers i lovverket vektlegges når begrepet skal fastlegges etter boufl.

Etter en vanlig språklig forståelse betyr uttrykket ”næringsvirksomhet” økonomisk aktivitet, altså en handling eller aktivitet som foretas i det øyemed å tjene penger. Lovens forarbeider sier at uttrykket svarer til det som er benyttet i håndverkertjenestelova § 1. Videre oppstiller Lignings-ABC (2005), på side 736 punkt 3.1, visse vilkår som kan vektlegges ved avgjørelsen av om det foreligger næringsvirksomhet.

- Innebærer virksomheten aktivitet?
- Tar aktiviteten sikte på å ha en viss varighet?
- Er aktiviteten egnet til å gi et overskudd?
- Drives aktiviteten for skatteytters egen regning og risiko?

Ikke alle momentene passer like godt i en vurdering i henhold til boufl., men det kan likevel være nyttig å se hen til disse ved fastsettelsen av begrepet. I Lignings-ABC på side 735, sies det at spørsmålet om hvorvidt den aktuelle handling skal anses som næringsvirksomhet eller ikke, må avgjøres etter en helhetsvurdering av situasjonen og de nevnte momenter. Det finnes ingen legaldefinisjon av begrepet i lovverket, men i lov av 26. mars 1999. Nr. 14 (skatteloven) § 5-30 blir næringsvirksomhetsbegrepet eksemplifisert. Skatteloven benytter begrepet ”virksomhet”, dette skal forstås på samme måte som ”næringsvirksomhet” jf. Ot.prp. nr. 86 (1997-98) side 48. Slik jeg ser det, må virksomhetsinntekt etter skattelovens § 5-30 avgrenses mot kapitalinntekt eller samme lovs § 5-20. Begrepene *økonomisk- eller inntektsgivende aktivitet* må derfor antas å være videre enn *næringsvirksomhet*. Som kapitalinntekt nevnes blant annet avkastning utenfor virksomhet, det vil si det som faller inn under lovens § 5-30, av fast eiendom. Dette betyr at både salg og utleie av bolig kan være inntektsgivende aktivitet, uten å nødvendigvis være næringsvirksomhet.

I forbindelse med næringsvirksomhetsbegrepet avgrenset oppover, mot den øvre grense for tillatt næringsvirksomhet på forbrukers hånd, kan det stilles spørsmålet om hvem som kan karakteriseres som amatør i avtalen. Dersom styrkeforholdet i avtalen er svært skjevt kan det muligens antas at den ene part må regnes som forbruker. En slik synsmåte svarer igjen til andre forbrukerlover som vektlegger hvem som er den svake kontraktspart og følgelig bør nyte best vern. Forbrukerkjøpslovens § 1 har samme uttryksbruk som boufl. Dette er en EF-orientert begrepsbruk. I denne lovs forarbeider stilles det spørsmål om hva hovedformålet med kjøpet er. I Karnovs lovkommentar til forbrukerkjøpslovens § 1 sies det at dersom næringsformålet ikke er i overvekt, vil forbrukervernreglene gjelde. Videre er det slik at kriteriet om at næringsformålet må være ”hovedsakelig” er objektivt. Dette gjelder også der selger har vært ukjent med kjøpers status. Det at risikoen for nødvendig avklaring av kjøpers status nå ligger hos selger, ble fastlagt i forbindelse med ikrafttreddelsen av forbrukerkjøpsloven.

2.2.3 Definisjon av begrepet "entreprenør"

I min oppgave vil begrepet "entreprenør" benyttes slik det skal forstås etter bustadoppføringslova. Jeg vil derfor forsøke å klarlegge hva loven legger i dette entreprenørbegrepet.

Etter en naturlig språklig forståelse vil en *entreprenør* være et firma eller en person som påtar seg et arbeid for andre. "Store Norske Leksikon" definerer begrepet på to måter. For det første defineres begrepet som en person eller et firma som utfører et teknisk arbeid for andre, vanligvis et større bygg- eller anleggsarbeid. Begrepet kan også defineres ut i fra et samfunnsfaglig og sosialantropologisk syn. I den sammenheng kan entreprenøren være en person som er nyskapende under visse samfunnsmessige betingelser, en med særlige forutsetninger for å ta initiativ til og starte ny industri- eller forretningsvirksomhet. Her gis begrepet omtrent samme betydning som en "gründer".

Slik lovteksten er bygget opp, er det mest nærliggende å tro at entreprenørbegrepet skal tolkes slik standardtolkningen er. Lovteksten er knapp, og gir ingen forklaring av begrepet. Det eneste som knyttes til uttrykket er at lovbestemmelsene kun kommer til anvendelse dersom entreprenøren har gjort avtalen som ledd i næringsvirksomhet, jf. § 2, andre ledd. Denne reservasjonen har ingen særlig betydning ved avgjørelsen av hvem som skal regnes som entreprenør. Slik jeg forstår det, fastslås det kun at loven ikke gjelder betingelseløst selv om det foreligger avtale mellom forbruker og entreprenør. Det kreves også at entreprenøren har inngått avtalen som ledd i dens økonomiske virksomhet. Derfor vil for eksempel vennetjenester falle utenfor lovens virkeområde. På side 43 i Ot prp nr. 21 1996-97 sies at yrkesgrupper som blir kalt håndverkere skal regnes som entreprenører. Det samme kan gjelde medkontrahenter som rettslig sett er selgere. Begrepet skal altså forstås i vid betydning. "Entreprenør" er mer en *partsbetegnelse* enn et strengt begrepskriterium.

.

3 De ulike partskonstellasjoner

Slik jeg ser det finnes det fire forskjellige partskonstellasjoner. I min avhandling forutsetter jeg at opprinnelig selger alltid er næringsdrivende. Denne vil ofte kunne være en stor utbygger som stå for hele oppføringen av et boligprosjekt. Neste part i salgsleddet kan være enten forbruker eller næringsdrivende. Med dette som utgangspunkt blir det fire mulige partskonstruksjoner:

For det første finnes det to ulike konstruksjoner der boligen opprinnelig blir solgt til en part med status som næringsdrivende.

1. Videre selger er næringsdrivende - ny kjøper er næringsdrivende.
2. Videre selger er næringsdrivende - ny kjøper er forbruker.

Videre vil det være to nye konstruksjoner i de tilfeller der opprinnelig kjøper har status som forbruker.

3. Videre selger er forbruker - ny kjøper er næringsdrivende.
4. Videre selger er forbruker - ny kjøper er forbruker.

Oppgaven videre vil være å drøfte og forsøke å klarlegge de ulike situasjonene og hvilke regelsett som gjelder i disse fire tilfellene. Hovedvekten vil bli lagt på partskonstellasjon nr. 2. Her drøftes forholdet mellom forbrukerkjøper og entreprenør. Det er her de mest interessante problemene i min avhandling reises.

4 Både videreselger og ny kjøper er næringsdrivende

I konstellasjon nr. 1 er begge parter næringsdrivende. Dette trenger ikke å innebære at kontraktspartene driver næringsvirksomhet av stort omfang. Kjøper trenger kun å falle utenfor forbrukerbegrepet for å befinne seg i denne konstellasjonen. Kjøper vil da ikke kunne nyte godt av noe forbrukervern. Selger vil nødvendigvis heller ikke drive næringsvirksomhet i stor stil. Den videreselgende part kan for eksempel være en boligspekulant som kjøper og videreselger i beskjedent omfang. Det må også påpekes at styrkeforholdet partene imellom, også i situasjoner med to næringsdrivende, kan være svært varierende.

Det rettslige utgangspunktet i situasjoner som dette må være avtalefrihet jf. NL-5-1-2. Dersom den eventuelle avtale mellom partene kommer til kort, vil en kunne støtte seg på alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Dessuten kan både lov av 3. juli 1992 nr. 93 (avhendingslova, forkortet: avhl.) og lov av 13. mai 1988 nr. 27 (kjøpsloven) komme til anvendelse. Avhendingslova kan regulere avtaler om salg av bolig som ikke er ferdigstilt, og kan derfor også regulere avtaler inngått i partskonstellasjoner som dette. I avhendingslovas § 1-2 (1) fastslås det at loven kan fravikes ved avtale, i alle fall utenfor forbrukerforhold, jf. § 1-2 (2). Som redegjort for i avhandlingens kapittel 2, regulerer § 1-1 (3) forholdet til avtaler sammensatt av både entreprise og salg. Hvorvidt et slikt videresalg som det her er tale om skal sees som en slik sammensatt avtale eller ikke må bero på en vurdering av flere faktorer. Slik jeg umiddelbart ser det, vil det i de fleste tilfeller være mest fornuftig å karakterisere slike videresalg som rene avhendingsavtaler. Som jeg har skrevet om i avhandlingens kapittel to, er det flere av bustadoppføringslovas tilstøtende lover som kan regulere forholdene der bustadoppføringslova ikke kommer til anvendelse. Situasjoner som dette reiser altså ikke de helt store problemstillingene.

I denne konstellasjonen vil begge parter være av profesjonell art, og i utgangspunktet vil ingen av de ha behov for noen bedre beskyttelse enn den andre. Men partene kan være profesjonelle i *ulik* grad. Opprinnelig selger kan for eksempel ha solgt et helt boligprosjekt

til et firma som skal selge prosjektet videre. Neste kjøper kan igjen være næringsdrivende, i større eller mindre målestokk. Det er klart at det vil bli ubalanse i styrkeforholdet mellom partene dersom ny kjøper er næringsdrivende i det helt nedre sjikt, i gråsonen mellom forbruker og næringsdrivende. Det kan kanskje sies at den svake kontraktspart her vil ha behov for bedre beskyttelse enn den part som er selger for hele boligprosjektet. Det finnes ingen spesifikke lover som gir slik beskyttelse så lenge kjøperen ikke kan defineres som forbruker etter buofl. §1 jf. § 2. Da den nye forbrukerkjøpsloven¹⁸ ble utarbeidet, ble det drøftet om skillet mellom næringsdrivende og forbruker skulle være mer nyansert og at loven også skulle omfatte mindre næringsdrivende. Det ble imidlertid bestemt at det strenge skillet skulle opprettholdes.¹⁹ Det er derfor naturlig å anta at dette skillet heller ikke skal bøyes på i forbindelse med bustadoppføringslovas anvendelsesområde. Der det foreligger urimelighet, kan det eventuelt komme på tale å revidere avtalen gjennom tolking eller ved bruk av avtalelovens §§ 33 eller 36.

I andre tilfeller vil ikke tyngdeforskjellen partene imellom være av spesiell karakter. Ofte kjøpes en bolig av en person som opptrer som næringsdrivende i relativt liten grad. Der denne boligen videreselges til en næringsdrivende av omtrent samme omfang, vil det ikke foreligge noen grunn til å gi den ene part bedre beskyttelse enn den annen. Her må det med andre ord være greit at partene avtaler det de selv måtte ønske, så sant dette er innenfor lovverkets alminnelige rammer.

4.1 Forholdet mellom opprinnelig selger og ny kjøper

I utgangspunktet foreligger det ingen avtale mellom opprinnelig selger og kjøper nr. 2. Den opprinnelige kjøpekontrakt er inngått mellom kjøper selger nr. 1 og 2, og omhandler ikke kjøper nr. 2. Når kontrakten videreselges kan det oppstå spørsmål om hvordan forholdet mellom opprinnelig selger og kjøper nr. 2 blir. Flere problemer kan reise seg i forbindelse

¹⁸ Lov nr. 34/2002

¹⁹ NOU 1993: 27 side 37-39

med spørsmålet: Blir den kontrakt som er inngått mellom opprinnelig kjøper og selger automatisk overført til kjøper nr. 2? Vil det være slik at alle rettigheter og plikter som tilkom kjøper nr. 1 går over til kjøper nr. 2? Fritas opprinnelig kjøper fra sine forpliktelser etter videresalget?

For det første må det klargjøres hvorvidt videresalg av kontraktsposisjonen er mulig. Det klare utgangspunkt i denne partskonstellasjonen må være avtalefrihet.²⁰ Det er derfor ingen ting veien for å nekte videresalg av boligkontrakten. Dersom det i den opprinnelige salgskontrakt stenges for videresalg, må dette forbudet som hovedregel overholdes. Det kan også stilles vilkår for adgangen til videresalg. Dette gjøres ofte i praksis. Da inntas en klausul i opprinnelig kjøpekontrakt som sier at det ikke kan foretas videresalg av kontrakten uten at opprinnelig selger godkjenner dette. Som nevnt i min innledning, er videreselgere og boligspekulanter ofte med på å få i gang markedet og bidra til økt salg. Derfor er de færreste boligutbyggere verken interessert i eller tjent med å nekte slikt videresalg.

Der den opprinnelige kontrakten er taus når det gjelder adgangen til videresalg, må svaret på spørsmålet finnes andre steder. Utgangspunktet i norsk rett er klart: Krav kan overdras. Dette gjelder også krav på annet enn penger, og for krav som er en del av et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold:

*”Det har hos oss alltid vært antatt at et krav like fullt kan overdras fordi om det har sin hjemmel i en gjensidig bebyrdende kontrakt som ennå ikke er oppfylt fra cedentens side”*²¹

Fra dette utgangspunkt er det en del unntak, men de går jeg ikke nærmere inn på. En kontrakt om kjøp av bolig vil være en gjensidig bebyrdende avtale. Her har begge parter både rettigheter og plikter. Opprinnelig selger har krav på endelig oppgjør for boligen og plikt til å levere avtalt ytelse. Mens kjøper nr. 1 har krav på en ferdigstilt bolig og plikt til å

²⁰ Det rettslige utgangspunkt i norsk rett. Jf. NL 5-1-2.

²¹ Viggo Hagstrøm: ”Obligasjonsretten” Universitetsforlaget Oslo 2003, side 816.

betale vederlaget for den. I et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold vil plikt og rett splittes ved cesjon av et krav. Man kunne tro at dette ville være uheldig for debitor cessus, siden cedenten kan bli mindre interessert i å oppfylle. Men oppfyller han ikke, vil cessus kunne gjøre misligholdsvirkninger gjeldende overfor cessionaren, som igjen vil utløse et erstatningskrav mot cedenten. Cedenten vil dermed ha de samme grunner til å oppfylle som før cesjonen. Det må dermed være mulig å videre selge sin kontraktsposisjon der intet forbud mot dette er avtalt.

Hvordan de øvrige spørsmål vedrørende dette problem skal besvares vil fremkomme av drøftelser senere i avhandlingen. Forholdet mellom opprinnelig selger og kjøper nr. 2 vil bli behandlet i flere sammenhenger. For å unngå dobbeltbehandling, vil det derfor ikke gis noen videre drøftelse på nåværende punkt.

5 Fra næringsdrivende videreselger til forbrukerkjøper

Dersom den næringsdrivende videreselger kan sies å falle inn under bustadoppføringslovas entreprenørbegrep, vil denne loven kunne komme til anvendelse og regulere dette rettsforholdet. Lovens § 1 fastslår at loven gjelder mellom ”entreprenør” og ”forbruker”. De viktigste spørsmål som reiser seg på dette området blir på hvilken måte videreselger blir forpliktet overfor ny kjøper, og hvilke rettigheter og plikter opprinnelig kjøper har overfor opprinnelig selger.

Problemene ved avgjørelsen av om bustadoppføringsloven skal få anvendelse eller ikke i partskonstellasjoner som dette, blir hvorvidt den næringsdrivende part kan klassifiseres som ”entreprenør” etter buofl., og om kjøper oppfyller forbrukerkriteriene.

Partsposisjonene må altså drøftes. Det er her et av de virkelige interessante spørsmål i min oppgave reiser seg: Hva skal til for å kunne klassifisere videreselger av en kontraktsposisjon som entreprenør?

Dersom et helt boligprosjekt med mange leiligheter blir solgt til en næringsdrivende part, som tenker å videreselge dette, er det ikke tvil om at den videreselgende part vil få status som entreprenør etter buofl. Dette må da bety at kjøper nr. 1 blir forpliktet etter loven dersom kjøper nr. 2 er forbruker. Slik ser det også ut til å fungere i realiteten. Det finnes flere eksempler på at et helt boligprosjekt blir solgt til et firma, for at dette så videreselger igjen. ”Kiellands Hus”²² på Alexander Kiellands plass i Oslo er et eksempel. I slike tilfeller forholder kjøper nr. 2 seg stort sett til kjøper nr. 1, og det utvikles kontrakter som fastslår videreselgers forpliktelser etter buofl. Kundecontact og andre praktiske gjøremål vil normalt gå direkte gjennom kjøper nr. 1, uten at kjøper nr. 2 og opprinnelig selger har noe forhold i det hele tatt. Det vil være naturlig at forbrukerkjøperen retter eventuelle feil- og mangelsklager til videreselger isteden for til opprinnelig selger. Siden den videreselgende part er forpliktet etter buofl. vil denne være ansvarlig for eventuelle feil overfor

²² Boligprosjekt bygget av Bundebygg.

forbrukeren. Den næringsdrivende part blir da nødt til å gå tilbake til opprinnelig selger for å kreve eventuell erstatning.

Det finnes også mindre klare tilfeller av hvem som kan oppfattes som ”entreprenør” etter buofl. Hva med han som kjøper for eksempel fem leiligheter med tanke på videresalg? Kan han kalles entreprenør? Eller hva med han som kjøper kun én? Skal disse tilfellene regnes som ”næringsvirksomhet” da det i første omgang inngås avtale utelukkende for å kunne videreselge kontrakten og innkassere gevinsten som ligger i verdiøkningen. Rent juridisk skiller ikke disse situasjonene seg fra situasjonen der hele boligprosjektet blir kjøpt opp, annet enn i målestokk. Prinsippet og handlingen blir akkurat den samme. De eneste forskjellene er at det dreier seg om handel i et mindre omfang, og at de ulike partsstyrkene vil være annerledes. For å kunne fastslå om det aktuelle kjøpet klassifiseres som ”næringsvirksomhet” og ”entreprenør” i lovens forstand, må det foretas en helhetsvurdering av hvert enkelt tilfelle. De ulike momenter jeg har redegjort for i punkt 2.2.2 og 2.2.3 må drøftes for å komme til en konklusjon.

Det kan også reise seg problemer med tanke på kjøperen. For at buofl. skal få anvendelse må kjøper omfattes av begrepet ”forbruker” etter lovens § 1. Buofl. § 2 gir en definisjon av hvem som skal regnes som forbruker. Spørsmålet blir da om kjøper nr. 2 er en ”fysisk person som ikkje hovudsakleg handlar som ledd i næringsverksemd”. Det aktuelle spørsmål vil her bli hvor den øvre grense for hva som ikke er hovedsakelig ledd i næringsvirksomhet går. I og med at lovteksten benytter en uttryksmåte som dette, må en viss grad av næringsvirksomhet godtas før forholdet faller utenfor buofl. Jeg vil i det følgende forsøke å trekke opp noen grenser som kan belyse problemet og klargjøre gråsonen.

Kan en privatperson som kjøper én enkelt leilighet til utleieformål betraktes som forbruker? Hva med han som kjøper en leilighet med integrert hybelløsning, og som velger å leie ut hybeldelen, eller hoveddelen? Eller hva med han som driver næringsvirksomhet av større omfang fra sitt hjem, er han forbruker etter reglene i buofl.?

5.1 Når vil selger være entreprenør etter bustadoppføringslova?

Det rettslige problemet blir her å klarlegge entreprenørbegrepet etter bustadoppføringslova.

Buofl. §2 andre ledd fastslår at loven bare kommer til anvendelse dersom entreprenøren har inngått avtalen som ledd i næringsvirksomhet. Ut over dette gir ikke selv lovteksten særlige holdepunkter for hvem som skal anses som entreprenør, men lovens forarbeider kan hjelpe et stykke på vei. Forarbeidene²³ sier at begrepet ”entreprenør” er benyttet i en vid betydning, og henviser til at begrepet ”næringsdrivende” konsekvent er omtalt som ”entreprenør” i loven. Det må være klart at den som påtar seg oppføring av en bolig må regnes som *entreprenør*. Videre uttales det at entreprenørbegrepet omfatter den som utfører mindre oppdrag som er en del av oppføringa av en ny bolig, som for eksempel rørlegger og lignende. Forarbeidene fastslår også at entreprenørbegrepet etter utkastet i visse tilfeller kan omfatte næringsdrivende som ellers ville blitt kalt *selger*. Dette må bety at en videreselger i alle fall *kan* falle inn under entreprenørbetegnelsen. Spørsmålet må bli hva som skal til for at den videreselgende skal regnes som entreprenør.

Lovens forarbeider gir visse holdepunkter for hvordan entreprenørbegrepet skal tolkes. Lovutkastet, etter NOU 1992: 9, og den endelige lov har noe forskjellig utforming. Tittelen på loven var opprinnelig ” *lov om entrepriseavtaler med forbruker og om kjøp av nye bustader*”, med ”*forbrukarentrepriselov*” som kortnavn. Lovutkastets²⁴ § 1-1(1) fastslår at loven gjelder ”entrepriseavtaler med forbruker.” Entrepriseavtalen må gjelde arbeid hovedsakelig til oppdraggivers, eller hans familie, husstand eller omgangskrets, personlige bruk.²⁵ Videre må entreprenøren utføre arbeidet som ledd i sin næringsvirksomhet for at

²³ Ot prp nr.21 1996-97

²⁴ NOU 1992:9 side 110

²⁵ NOU 1992:9 side 110 § 1-1(3)

loven skal få anvendelse.²⁶ Entreprenørbegrepet blir ikke i noen særlig grad fastlagt etter dette. Det lovutkastet som fremkommer av NOU1993:20 fastslår, i § 1-1(1), at loven gjelder ved "avtalar med forbrukar om kjøp av ny eigarbustad". Utkastets²⁷ § 1-3 forklarer hva som menes med "kjøp av ny eigarbustad". Første ledd sier at det her menes avtale mellom "ein næringsdrivande(seljaren) og ein kjøpar(forbrukaren)". Første ledd bokstav b fastslår at slik avtale omfatter "kjøp av eigarbustad som ikkje er fullført på avtaletida", altså akkurat slike situasjoner jeg har for øyet. Her er ikke begrepet "entreprenør" benyttet, isteden tales det om en "næringsdrivende selger". Etter dette utkastet ville ikke min problemstilling vært så uklar som den er etter den gjeldende lovtekst. Neste spørsmål må derfor bli hvorfor begrepet "*næringsdrivende selger*" er byttet ut med "*entreprenør*". Kommentarene til lovutkastets § 1-3 redegjør nærmere for hvordan begrepet "selger" skal forstås²⁸. Det fremkommer at den næringsdrivende part blir omtalt som selger, også i de tilfeller han skal stå for oppføringen av en bolig, og at han derfor også kan bli kalt entreprenør. I den endelige loven er uttrykket entreprenør benyttet konsekvent. Der omtales ikke denne avtalepart verken som *selger* eller *næringsdrivende*. Lovens *entreprenørkriterium* er således benyttet i en vid betydning. Uttrykket omfatter den som utfører mindre oppdrag i sammenheng med boligoppføringen, og det er også klart at uttrykket i noen sammenhenger må omfatte den som normalt ville blitt kalt selger.²⁹ Lovens begrepsbruk kan derfor, til en viss grad, sies å være misvisende. Bustadoppføringslova er en typisk *forbrukerlov*. Hele formålet med loven må være å beskytte forbrukeren, som den svake part. Dette formålet bør ligge til grunn når lovens entreprenørkriterium skal fastlegges.

For å kunne kartlegge hvorvidt en videreselger faller inn under det som omfattes av *lovens* entreprenørkriterium, må flere momenter drøftes. For det første er det et vilkår at

²⁶ NOU 1992:9 side 110 § 1-1(5)

²⁷ NOU 1993:20 side 57

²⁸ NOU 1993:20 side 42 og 43.

²⁹ Ot prp nr. 21 1996-97 side 43

”entreprenøren har gjort avtalen som ledd i næringsverksemd”³⁰. Som nevnt ovenfor, er det flere vilkår og momenter som må vurderes for å kunne konstatere at slik næringsvirksomhet foreligger. Dersom det blir kjøpt en bolig kun for å videreselge den og innkassere en gevinst kan det i minste fall sies at det foreligger et økonomisk motiv bak kontraktsinngåelsen. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig for å kunne fastslå at det foreligger *næringsvirksomhet*. Et av momentene Lignings-ABC stiller opp er nettopp om virksomheten innebærer *aktivitet*. Kjøp av én bolig må kunne sies å være en aktiv handling, men det er kun en engangshandling. Det kan virke noe kunstig å kalle en handling som blir foretatt kun én gang for en aktivitet. ”Aktivitet” er gjerne noe som forbindes med noe av litt mer kontinuerlig omfang. Og nettopp dette er et annet moment som oppstilles i Lignings-ABC; tar aktiviteten sikte på å ha en viss varighet? Etter min mening blir dette momentet litt vanskelig å drøfte, da jeg allerede er i tvil om det overhodet er snakk om noen ”aktivitet”. Det kan riktig nok påpekes at selve handlingen, det vil si kontraktsinngåelsen og videresalget, vil ta en viss tid. Men det virker mer fornuftig å tolke dette momentet dit hen at det foretas *en aktivitet* over et visst tidsrom. Der det kjøpes én kontraktsposisjon foretas det først en handling, og så en aktiv handling til ved videresalget. Videre skal det legges vekt på om aktiviteten er egnet til å gi et overskudd. Dette må kunne svares bekreftende. Ved kjøp av en kontraktsposisjon og et etterfølgende videresalg er det store muligheter for et økonomisk overskudd. Boliger øker stort sett konstant i pris og de får gjerne et stort prishopp jo nærmere ferdigstillelse den selges. Men selv om slik boligspekulasjon er velegnet til å gi et overskudd, synes det ikke naturlig å kalle den som foretar ett slikt kjøp for ”næringsdrivende”.

Næringsvirksomhet må avgrenses mot passiv kapitalforvaltning. Det kan typisk være en gevinst ved salg av fast eiendom. Lignings-ABC sier, på side 735, at slik kapitalinntekt ikke nødvendigvis er næringsvirksomhet. Dersom den aktuelle kapital kan anses å inngå i en annen næringsvirksomhet, blir kapitalinntekten del av denne næringsvirksomhet. Dersom kapitalinntekten ikke inngår i annen næringsvirksomhet, må det avgjøres hvorvidt

³⁰ Jf. Boufl. § 2 andre ledd.

kapitalen må anses som næringsvirksomhet i seg selv. Ved vurderingen av dette må aktivitetens omfang være et viktig moment. Dessuten må det legges vekt på hvor mye av avkastningen som skyldes aktivitet og hvor mye som skyldes selve kapitalverdien.³¹ Det å kjøpe én leilighet for videresalg kan muligens sammenlignes med sparing i aksjefond eller andre risikofylte investeringer som er egnet til å gi et relativt stort og raskt overskudd eller tap. Den eventuelle avkastning skyldes nok i større grad selve kapitalverdien, enn den aktivitet det er å kjøpe og videreselge én bolig. Etter dette finner jeg det hensiktsmessig å karakterisere et slikt engangskjøp mer som en økonomisk investering og passiv kapitalforvaltning enn næringsvirksomhet. Dette betyr at den som kjøper én bolig for videresalg kan vanskelig sies å falle inn under lovens entreprenørbetegnelse. Han blir således ikke forpliktet etter bustadoppføringslovas regler overfor en ny forbrukerselger.

Det kreves altså mer enn et engangskjøp- og salg av kontraktsposisjon for å kvalifisere som entreprenør etter boufl. At det som et minstevilkår kreves at videresalget av kontrakten er ledd i "næringsvirksomhet" stiller et visst krav til aktivitet. Aktivitetens omfang er det viktigste momentet ved grensedragningen mellom passiv kapitalforvaltning og næringsvirksomhet. Alle typer aktivitet må kunne vektlegges ved vurderingen av aktivitetens omfang. Det kan neppe kreves alt for mye før slik virksomhet kan kalles *næringsvirksomhet*. Det er tross alt snakk om relativt store investeringer og muligheter for store gevinster. Dessuten vil det være av nødvendighet å følge med på ulike boligprosjekter, priser og marked for å kunne bedrive kjøp og salg av et visst omfang. Dersom det benyttes mye tid på å sette seg inn i slike omstendigheter kan aktiviteten brått bære preg av å være mer enn bare en investering. Det kan være vanskelig å komme frem til et svar på hvor mange boliger som må kjøpes og videreselges før det er snakk om næringsvirksomhet. Eiendomsmeglerbransjen setter grensen for hvem som regnes som næringsdrivende og entreprenør etter boufl. ved kjøp av fem leiligheter. Men dette kan neppe sees som en regel som benyttes helt konsekvent. For det første vil det variere hvor hyppig en boligspekulant foretar kjøpene. Dersom det blir kjøpt én bolig en gang i året er

³¹ Hentet fra Lignings-ABC, side 740 punkt 3.4

det ikke sikkert at en eiendomsmegler eller boligselger vil tenke over at kjøper skal anses som noe annet enn en helt ordinær forbruker. Dessuten kan det godt hende at det kjøpes opp flere boliger i forskjellige prosjekter slik at boligselgeren ikke er klar over at han har med en næringsdrivende spekulant å gjøre. Lignings-ABC omtaler på side 741 forholdet mellom boligutleie og næringsvirksomhet. Her uttales det at bygningens størrelse og aktivitetens omfang må vektlegges. Og at for å kunne vurdere aktivitetens omfang må aktivitetsnivået bedømmes over en viss tid. Det må foretas en helhetsvurdering av situasjonen, men man kan som utgangspunkt gå ut ifra at det handles i næringsvirksomhet dersom fem eller flere leiligheter leies ut. Dette harmonerer dermed med de regler meglerbransjen opererer med. Det poengteres også at utleie av mindre omfang også kan være næringsvirksomhet. Boligens størrelse og beliggenhet kan variere veldig, dessuten kan de ulike utleiesituasjonene fortone seg på svært ulike måter. Det kan for eksempel anføres at det å leie ut boliger til venner og familie bærer mindre preg av næringsvirksomhet, enn det annen utleie gjør. I slike situasjoner kan det jo tenkes at utleieprisen er lavere enn der fremmede leier boligene, og at utleievirksomheten i så måte kan bære mer preg av å være en vennetjeneste. Det vil også være en enorm forskjell på å leie ut boliger sentralt i Oslo og i for eksempel små tettsteder ellers i landet. Inntekten på utleie kan variere veldig innenfor samme by også, det er selvsagt langt mer inntektsbringende å leie ut en femroms leilighet på Frogner enn det er å leie ut en ettroms i utkanten av Oslo. Både inntekt og utleiesituasjonen ellers, som hvem som er leietager, bør etter min mening også være momenter som vektlegges ved en helhetsvurdering når det skal avgjøres hvorvidt næringsvirksomhet ved utleie foreligger.

Utleie og videresalg av boliger er to forskjellige ting. Det kan derfor ikke uten videre antas at denne retningslinjen vedrørende boligutleie, som Lignings-ABC oppstiller, også gjelder ved videresalg av bolig. Det blir ikke nødvendigvis riktig å operere med en slik fast grense på *fem leiligheter* når det skal avgjøres hvorvidt videreselger er næringsdrivende og eventuelt entreprenør etter bustadoppføringslova. I slike videresalgstilfeller bør pris, gevinst av videresalgene og forholdene ellers også vurderes før noe svar på om selger er forpliktet etter boufl. eller ikke kan gis. Ut i fra de momenter Lignings-ABC vektlegger ved

vurderingen av om næringsvirksomhet foreligger,³² kan det synes som at det skal mer til før salg av boliger kan regnes som næringsvirksomhet enn det som skal til ved utleie. Det er mer naturlig og lettere å anse utleie som aktivitet som tar sikte på å ha en viss varighet, enn det er å karakterisere salg på denne måte. Lignings-ABC uttrykker imidlertid klart at også utleie av mindre omfang vil kunne anses som næringsvirksomhet. Etter en helhetsvurdering av de ulike tilfellene, må man nok komme frem til at det ofte bedrives næringsvirksomhet der det leies ut færre enn fem boliger. Når dette er sagt, vil det nok som regel være fornuftig å anse en videreselgende part som næringsdrivende dersom han kjøper og selger fem leiligheter. Det å kjøpe fem leiligheter for videresalg vil stort sett være en relativt stor investering. Det vil kreves både tid, kunnskap og kapital for å kunne foreta slike kjøp og salg. Det er ikke nødvendig at alle leilighetene kjøpes samtidig³³ for at videreselger skal anses som næringsdrivende, det vil snarere tvert i mot ligne mer på *virksomhet som tar sikte på å ha en viss varighet* dersom kjøpene og videresalgene foretas med jevne mellomrom. Det bør ikke stilles alt for strenge krav til aktiviteten før den bør regnes som næringsvirksomhet. Det at meglerbransjen anser en kjøper som næringsdrivende dersom det er kjent at han har kjøpt og solgt fem eller flere leiligheter, er også et moment som må kunne sies å være av en viss tyngde. I mangel av andre kilder vil det etter dette være forsvarlig å anta at dersom videreselger bedriver kjøp og salg av fem boliger eller mer, må dette kunne sies å karakterisere som næring. Det kan heller ikke utelukkes at også kjøp og salg av færre boliger må kunne sies å falle inn under begrepet næringsvirksomhet, men jeg ser ingen grunn til å drøfte dette videre da det blir for usikkert å gi et mer nøyaktig antall.

Det neste spørsmål som må besvares er om videreselger også skal anses som ”entreprenør” etter boufl. dersom det drives videresalg av fem eller flere boliger. Det må minnes om at entreprenørbegrepet her skal forstås mer som en partsbetegnelse enn det som bokstavlig ligger i begrepet. Det er ikke selger som står for oppføringen av boligen i tilfeller som dette, men det er allikevel ikke til hinder for at han skal kunne karakteriseres som entreprenør. Det kan for eksempel tenkes situasjoner der en videreselger har kjøpt fem

³² Se punkt 2.2.2

³³ Jeg velger å la være problematisere forholdet til lov av 23. mai 1997 nr. 31 (eierseksjonsloven)

boliger i et prosjekt med 15 boliger totalt. Her vil denne oppkjøperen da stå for salget av 1/3 av leilighetene. I slike situasjoner vil det nok være naturlig å anse den videreselgende oppkjøper som entreprenør og forpliktet etter boufl. i forhold til ny kjøper. I et annet eksempel, der boligprosjektet for eksempel består av 100 boliger, vil ikke nødvendigvis svaret bli det samme. Det vil naturlig nok kunne være store praktiske forskjeller ved å stå for videresalget av 33,33% og 5% av salget. Det vil ikke være unaturlig at den som har kjøpt opp 33,33% av boligprosjektet har større påvirkningsmuligheter og dermed også bør tillegges mer ansvar enn den som har kjøpt opp 5%. Det vil være vanskelig å gi et generelt svar på når videreselger skal anses som entreprenør, men jeg vil tro at svaret kan vil avhenge av prosjektets størrelse og når i byggeprosessen oppkjøpet skjer. Desto nærere ferdigstilling, jo mindre påvirkningsmuligheter vil oppkjøper ha, og jo mindre nærliggende vil det være å kalle han entreprenør.

Etter denne drøftelsen ser jeg det som forsvarlig å konstatere at dersom det kjøpes minimum fem leiligheter, og dette utgjør 1/3 eller mer av prosjektet kan videreselger trygt sies å oppfylle entreprenørkriteriet etter boufl. Den som kjøper 5% vil, som nevnt, stort sett ikke ha samme påvirkningsmuligheter som en større oppkjøper. I utgangspunktet vil jeg neppe tro at den som kjøper opp 5% av et boligprosjekt tilfredsstiller entreprenørkravene. Men det kan heller ikke utelukkes at også en såpass beskjeden oppkjøper skal anses som entreprenør i bustadoppføringslovas forstand. De ulike situasjonene må vurderes individuelt og en konkret avgjørelse må foretas i hvert tilfelle. Opprinnelig selger vil som oftest være interessert i å få solgt så mange boliger som mulig og dermed stille seg positivt til å forhandle med en slik oppkjøper. Derfor kan det lett tenkes situasjoner der kjøperen får gode muligheter til å spesialforhandle om både kjøpesum og andre goder. Det kan være større spillerom for muligheten til å være med på å utforme boligene og det vil nok ofte bli gitt en mer gunstig pris ved kjøp av mange leiligheter. Således vil dette kjøpet fort kunne bære preg av å være et rent forretningskjøp. Det kan derfor, etter en helhetsvurdering av hele kjøp- og videresalgssituasjonen og forholdene ellers, være fornuftig å pålegge også en som kun står for videresalg av 5% ansvar etter boufl.

Det kan dermed konkluderes med at en næringsdrivende videreselger, som står for videresalg av *minimum* 5% av de ikke ferdigstilte boligene kan anses å oppfylle entreprenørkriteriet etter bustadoppføringslova, dersom situasjonen og forholdene ellers også harmonerer med dette standpunktet.

5.2 Når er kjøper forbruker etter bustadoppføringslova?

For å kunne fastslå om bustadoppføringslova kommer til anvendelse må også kjøpers status klarlegges. Et kriterium for lovens virkeområde er jo nettopp at kjøper faller inn under dens *forbrukerbetegnelse*. Lovens § 2 fastslår, som tidligere nevnt, at en forbruker er ”en fysisk person som ikkje hovedsakleg handlar som ledd i næringsverksemd.” Dette forbrukerbegrepet antas å svare til tilsvarende begrep ellers i lovverket. I lovens opprinnelige tekst var det et vilkår at boligen hovedsakelig måtte være til personlig bruk for oppdragsgiver/kjøper med familie, husstand eller omgangskrets:

”§ 2. *Partane*

Avtale med forbruker er det dersom avtalen gjeld bustad hovudsakleg til personleg bruk for oppdragsgjevaren med familie, husstand eller omgangskrins.”³⁴

I 2002 ble § 2 endret.³⁵ Dette skjedde i forbindelse med ikrafttreddelsen av den nye forbrukerkjøpsloven. Forbrukerbegrepet ble etter dette utvidet. Her er det ikke sagt noe om at boligen må være til *hovedsakelig personlig bruk*, det eneste som nå oppstilles som vilkår er at forbrukeren må være en fysisk person og at det ikke er næringsvirksomhet som er hovedformålet med handelen:

³⁴ Utdrag fra opprinnelig lovtekst

³⁵ Endret ved lov 21. juni 2002 nr. 34

”§ 2. Partane

*Som forbrukar vert rekna ein fysisk person som ikkje hovudsakleg handlar som ledd i næringsverksemd.”*³⁶

Vilkåret om at det må dreie seg om en ”fysisk person” byr ikke på særlig store problemer. Dersom for eksempel et firma kjøper en bolig, har vi ikke med en fysisk person å gjøre, men med en juridisk. I utgangspunktet må dette gjelde selv om det er snakk om en enkelt person som kjøper en bolig i sitt firmas navn. Det kan selvfølgelig dukke opp grensetilfeller der en bolig for eksempel kjøpes i firmanavnet til et enkeltmannsforetak. Her kan den faktiske forskjellen mellom en fysisk privatperson og firmaet være marginal. Men slik lovteksten er lagt opp kan det ikke være mye tvil om at det er et vilkår at forbrukeren *virkelig* er en fysisk person. Borettslag, som ikke er å anse som *fysisk person*, var opprinnelig avgrenset fra lovens virkeområde. Men er etter gjeldende rett nå innlemmet i lovens anvendelsesområde.³⁷

”§1a. Borettslagbustader

*Reglane om rett til fast eigedom med eigarbustad, jf. § 1 første ledd bokstav b, gjeld tilsvarende for avtale mellom forbrukar og bustadbyggjelag eller annan yrkesutøvar om rett til bustad som er knytt til eller skal knytast til andel i borettslag, dersom arbeid som er omfatta av avtalen, ikkje er fullført på avtaletida.”*³⁸

Det som blir vurderingstemaet i spørsmålet om hvorvidt vi har med en forbruker å gjøre eller ikke, må være hvor den øvre grensen for tillatt grad av næringsvirksomhet ligger. En bolig som skal benyttes som fast bosted av kjøperen vil selvsagt alltid være ”personlig bruk”, det samme gjelder dersom det er snakk om fritidsbolig.³⁹

³⁶ Utdrag fra ny lovtekst, boufl. § 2 første ledd

³⁷ Føyd til med lov 6.juni 2003 nr. 39 (i kraft 15 aug 2005, etter res. 17 juni 2005 nr. 603).

³⁸ Utdrag fra loves § 1a

³⁹ Jf. Boufl. § 1 tredje ledd

For å kunne fastslå om et kjøp er foretatt hovedsaklig i næringsvirksomhet må både begrepet "næringsvirksomhet" klarlegges og grensen for hvor næringsvirksomheten kommer i hovedvekt må trekkes. Uttrykket "næringsvirksomhet" bør her forstås på samme måte som det er redegjort for under punkt 2.2.2 og en konkret helhetsvurdering av situasjonen må foretas. Dersom én leilighet kjøpes med utleie eller videresalg som formål, må det være klart at dette ikke er kjøp til personlig bruk. Det betyr allikevel ikke at kjøpet er foretatt som *ledd i næringsvirksomhet*. De ulike momentene som er vektlagt under definisjonen av begrepet⁴⁰ må også i denne sammenhengen vurderes. At å kjøpe en bolig til utleieformål eller videresalg kan være en handling som er egnet til å gi overskudd er lite tvilsomt. I de fleste store byer er det ikke noe stort problem å få leid ut en bolig for en pris som dekker eventuelle rente- og avdragsutgifter og i tillegg gir et overskudd. Dessuten vil boligen stort sett konstant stige i verdi, og dermed være egnet til å gi et økonomisk overskudd ved et eventuelt videresalg. Et annet moment som skal vektlegges i vurderingen av om kjøpet er foretatt som *ledd i næringsvirksomhet* er hvorvidt aktiviteten tar sikte på å ha en viss varighet. Et kjøp av en bolig til utleieformål må kunne sies å gjøre det, da hele poenget med kjøpet vil være å leie ut boligen mot betaling fra leietager, gjerne på månedlig basis, over en lengre periode. Men det at virksomheten tar sikte på å ha en viss varighet, bør ikke tillegges avgjørende betydning i avgjørelsen av om det foreligger næringsvirksomhet eller ikke. Selv om det foretas en økonomisk investering som skal ha varighet i lengre tid kan det ikke automatisk sies å kvalifisere som næringsvirksomhet. Det momentet som vil ha den avgjørende betydningen i vurderingen må, etter mitt syn, være hvorvidt virksomheten innebærer *aktivitet* eller ikke. Her må drøftelsen bli ganske lik den som må foretas i forbindelse med situasjonen der spørsmålet er om videreselger vil være entreprenør, slik jeg redegjør for under punkt 5.1. Det å kjøpe en bolig med tanke på videresalg før ferdigstillelse og det å kjøpe en bolig til utleieformål kan være to ganske så forskjellige ting. Et kjøp av bolig til utleie bærer mer preg av å være en aktivitet enn det å kjøpe og videreselge en enkelt bolig. Det å leie ut en bolig vil ofte kreve mer tid og arbeid enn det et videresalg før ferdigstillelse gjør. Dessuten er det å leie ut bolig virksomhet av

⁴⁰ Se punkt 2.2.2

mer varig art enn et salg. I så måte vil jeg tro at det skal mindre til før en boligutleier faller inn under betegnelsen ”næringsdrivende” enn en videreselger. Som jeg har konkludert med i kapittel 5, vil det ikke være naturlig å anse utleie av én bolig som *næringsvirksomhet*. Følgelig skal heller ikke denne kjøper fratas forbrukerrettighetene han har etter loven. Dette betyr dermed at denne kjøper nyter godt av det forbrukervern bustadoppføringslova gir, dersom boligen er kjøpt av en videreselgende part som regnes som entreprenør etter boufl. § 1. Forholdene vil kunne stille seg annerledes dersom det er snakk om kjøp av flere boliger. Slik jeg ser det kan det være hensiktsmessig å drøfte kjøp med tanke på videresalg og kjøp med tanke på utleie hver for seg, da situasjonene kan arte seg forskjellig.

5.2.1 Forbrukerbegrepet der boligen skal videreselges

Som jeg har fastslått tidligere i avhandlingen, er den konkrete grensen mellom forbruker og næringsdrivende vanskelig å trekke. Avgjørelsen av om kjøper skal regnes som forbruker eller ikke, må foretas etter en helhetsvurdering av den foreliggende situasjon. Utgangspunktet må være at det i alle fall kan kjøpes minimum én bolig ment for videresalg, uten at dette fører til at kjøperen ”hovudsakleg handlar som ledd i næringsverksemd.”⁴¹, og således mister sin forbrukerstatus. Det rettslige spørsmålet som må søkes besvart blir når næringsvirksomheten må regnes for å utgjøre *hoveddelen av avtalen*.

Grensen for øvre grad av tillatt næringsvirksomhet i dette spørsmålet må i stor grad sammenfalle med drøftelsen av når selger nr. 2 kan sies å ha handlet i næringsvirksomhet. I tråd med drøftelsene i kapittel 5.1,⁴² vil det være naturlig å anta at den som kjøper fem leiligheter ikke skal anses som forbrukerkjøper. Men kjøpssituasjonen må vurderes før dette med sikkerhet kan fastslås. Det kan forekomme tilfeller der en som kjøper så mange som fem leiligheter for videresalg allikevel bør regnes som forbruker. Hvem denne kjøper

⁴¹ Jf. Tidligere drøftelser

⁴² Se spesielt side 26 og 27.

skal videreselge til, og størrelsen og prisen på leilighetene kan her spille inn og utgjøre en avgjørende forskjell i denne drøftelsen. En snill onkel som kjøper fem små leiligheter for å videreselge billig til sine nevøer, vil en neppe kunne påstå at har handlet hovedsakelig i næringsvirksomhet. Følgelig må motivet om en økonomisk gevinst foreligge for at noe skal kunne karakteriseres som næring. Det som i praksis oftest skjer er at ”småinvestorer” bedriver kjøp og videresalg i relativt beskjeden målestokk. Ofte vil det være slik at ett slikt kjøp og videresalg viste seg å være lønnsomt, og at kjøper da ønsker å prøve lykken igjen. Dersom det over en viss tid er foretatt flere slike oppkjøp av boliger i den hensikt å videreselge de før ferdigstillelse, kan det ikke være mye tvil om at dette må anses som ledd i kjøpers næringsvirksomhet. Ved jevnlig kjøp og videresalg vil ikke investeringene bære preg av å være såkalt *passiv kapitalforvaltning*, og bør følgelig heller ikke behandles som noe annet enn en del av kjøpers næringsvirksomhet. Det bør neppe tillates så alt for mange slike kjøp før forbrukervernet opphører. Basert på drøftelsene her og i kapittel 5.1 vil jeg anta at kjøp av fire-fem leiligheter er i grenselandet for hva som bør godtas før kjøper ikke lenger kan anses som forbruker. Men det er viktig å understreke at dette selvsagt vil være avhengig av forholdene rundt kjøpene. Hvor hyppig de omtalte kjøp og salg foretas, bør tillegges vekt. Det kan neppe være tale om næringsvirksomhet dersom slike investeringer først blir foretatt et par ganger, for så å bli gjentatt etter for eksempel fem år. En viss kontinuitet i videresalgene må naturligvis kunne kreves. Hvis oppkjøp og videresalg kun skjer sporadisk, vil det vanskelig kunne tales om *virksomhet*. Her må nok heller situasjonen være at det foretas enkelt investeringer som ikke skal klassifiseres som næringsvirksomhet, og kjøper vil da stort sett kunne påberope seg forbrukervern etter bustadoppføringslova.

5.2.2 Forbrukerbegrepet der boligen skal benyttes i utleievirksomhet

Lignings-ABC slår på side 735 fast at ren utleievirksomhet vil være *inntektsgivende*, uten nødvendigvis å være *næringsvirksomhet*. Som nevnt ovenfor, forutsetter jeg at det kreves mindre, enn ved videresalg, for at en utleier skal karakteriseres som næringsdrivende. All utleie må kunne sies å være en eller annen form for aktivitet. Således oppfyller utleievirksomheten i seg selv flere av kravene som stilles til næringsvirksomhetsbegrepet.

Begrunnelsen for at det lettere kan hevdes at dette er ”aktivitet”, kan være at det ofte er mer vedvarende arbeid i forbindelse med utleie enn med et salg. Et salg av bolig vil selvsagt innebære en del arbeid da salget pågår, men i et utleieforhold blir utleier forpliktet over et lengre tidsrom. På denne måten faller det seg mer naturlig å kalle utleie for aktivitet.

Som utgangspunkt må det her, som i videresalgssituasjoner, være klart at kjøp av én bolig ikke kommer i konflikt med forbrukerbegrepet. Det kan også, som en hovedregel, fastslås at forbrukerstatusen opphører dersom det kjøpes fem boliger til utleieformål.⁴³ Grensen for når kjøper ikke lenger anses som forbruker må etter dette altså ligge et sted mellom kjøp av én og fem boliger. For å kunne gi et mer nøyaktig antall av hva som bør anses å være *hovedsakelig næringsvirksomhet*, må det foretas en helhetsvurdering av det konkrete tilfellet. Selv kjøp av for eksempel tre leiligheter til utleie regnes som næringsvirksomhet i ett tilfelle, trenger ikke dette å være riktig i et annet tilfelle. I tilfeller der boligene skal leies ut til venner eller familie bør ikke grensen settes like strengt som der boligene leies ut til andre. Den økonomiske motivasjon og gevinst bør drøftes i tillegg til de generelle vilkår Lignings-ABC oppstiller på side 736. Der boliger skal leies ut til venner og bekjente vil det kanskje foreligge spesielle omstendigheter som gjør det vanskelig for meg å gi noe generelt svar på hvor den som kjøper boligene ikke lenger er forbrukerkjøper. Jeg velger derfor i det følgende å konsentrere meg om “ordinære” utleieforhold, det vil si der leieprisen er satt til markedspris. Antallet boliger som benyttes til utleie før det må konstateres at det drives næringsvirksomhet, kan variere selv om det kreves markedspris i leie. Størrelsen på boligen og dessuten dens beliggenhet må tas med i betraktning. Dersom det kjøpes tre store boliger, kan hver av de ha en utleiepris på 15.000 kroner. Per måned utgjør dette en brutto inntekt på 45.000 kroner. Lignings-ABC, side 741 punkt 3.4.11 sier at en som regel kan gå ut fra at det er næringsvirksomhet å leie ut fem boliger eller mer. Her stilles det ikke krav til prisnivået på boligene. Det er kun for relativt store boliger og kun i de store byene i landet man kan kreve over 15.000 kroner i leie per måned. Ofte kjøpes det små boliger for utleie, i

⁴³ Jf. Drøftelsen i kap. 5.1 og retningslinjer i Lignings-ABC

Oslo ligger utleieprisen på en toroms stort sett på rundt 7-8000 kroner.⁴⁴ Dersom fem leiligheter med en utleiepris på 8000 kroner per stykk leies ut, vil dette gi en samlet inntekt på 40 000 kroner. Denne utleier vil etter Lignings-ABC regnes som næringsdrivende. Som illustrert her, vil det også være fornuftig å anse kjøperen av tre boliger som næringsdrivende i dette tilfellet. Jeg ønsker ikke å gi noen klar konklusjon på hvor grensen mellom forbrukerkjøper og næringsdrivende går. Det kan allikevel anslås at det ikke bør være mulig å kjøpe noe særlig mer enn to til tre boliger for utleie formål før forbrukerstatusen bortfaller.

5.3 Hva blir virkningene av at bustadoppføringslova kommer til anvendelse?

Den rettslige virkningen av at en videreselger faller inn under betegnelsen ”entreprenør” etter boufl. er at denne blir forpliktet etter lovens regler overfor en eventuell ”forbrukerkjøper”. I det følgende vil jeg gi noen eksempler på de bestemmelsene som er av størst praktisk betydning for partene i slike konstellasjoner. Jeg har kun plukket ut enkelte temaer som jeg vet at kan by på problemer i forbindelse med videresalg av kontraktene. Det vil ikke bli gitt noen uttømmende drøftelser på disse områdene. Da lovteksten er klar på de fleste områder, ser jeg ingen grunn til dette. Når partsposisjonene er klarlagt er det for så vidt bare å konstatere at videreselger er forpliktet etter lovens bestemmelser.

5.3.1 Boufl. § 12. Garantier

Sikkerhetsstillelse etter lovens § 12 er en av de bestemmelsene som teoretisk sett kan være av viktighet for kjøper nr. 2.

Entreprenøren plikter etter denne bestemmelsen å stille garanti for sin oppfyllelse:

⁴⁴ Beløpene er omtrentlige og hentet fra boligutleie annonser, dette må antas å stemme med det som regnes som markedspris

”§ 12. Garanti for oppfylld av avtalen

*Entreprenøren skal stille garanti for oppfylld av avtalen. Ei slik plikt gjeld likevel ikkje dersom ein på avtaletida kan rekne med at vederlaget ikkje vil overstige to gonger grunnsummen i folketrygda”*⁴⁵

En slik bank- eller forsikringsgaranti⁴⁶ skal sikre forbrukerens krav mot entreprenøren. En garanti etter § 12 omfatter alle typer krav som måtte dukke opp på forbrukers hånd, slik som krav om erstatning for mangelfull ytelse, forsinket levering eller krav om dagmulkt. Bestemmelsens tredje ledd gjelder *kjøpekontrakter*, som omtalt i boufl. § 1 bokstav b. Det er dermed garanti etter dette leddet, og ikke etter annet ledd som gjelder i de situasjoner jeg behandler i min avhandling.

§ 12 tredje ledd:

”For avtalar som omfattar rett til grunn (§ 1 første ledd bokstav b), skal garantien gjelde fram til to år etter overtakinga og dekkje ein sum som minst svarar til tre prosent av vederlaget. For krav som blir gjorde gjeldande før overtakinga, kan garantisummen likevel vere to prosent av vederlaget.”

Opprinnelig selger må stille garanti for den sum den originale kjøpekontrakt lyder på. Det må kunne antas at denne garantien blir overført sammen med videresalget av boligkontrakten. Dette følger av en alminnelig regel om at en garanti følger med ved overdragelse av den fordring garantien er knyttet til.⁴⁷ Men dette er kun en hovedregel, og kan dermed fravikes ved avtale. Kjøper nr. 2 betaler stort sett mer enn den opprinnelige kontraktspris for å overta kontraktsposisjonen. Dermed kan det stilles spørsmål om hvem som skal garantere for den del av kjøpesummen som overstiger det beløp som allerede er garantert for.

⁴⁵ Boufl, § 12 første ledd

⁴⁶ Heretter benyttes fellesbetegnelsen ”garanti”

⁴⁷ Jf. Bergsåker, Lærebok I Pengekravsrett (2001) side 68.

Problemstillingen kan eksemplifiseres:

Kjøper nr. 1 betaler: 2 000 000 kr. - Selger stiller en garanti på 3 % av 2 000 000 kr.

Kjøper nr. 2 betaler: 2 500 000 kr. - Hvem stiller garanti for de resterende 500 000 kr.?

I praksis kan det virke som at det beløpet som overstiger opprinnelig kjøpesum ofte blir stående igjen usikret. Det er klart at utbygger ikke kan pålegges å stille sikkerhet for dette beløpet, så dersom ikke den videreselgende part gjør dette, vil ikke dette beløpet bli garantert for. Dette fører dermed til at en forbrukerkjøper ofte må nøye seg med å få sikkerhetsstillelse for den del av kontraktsprisen som opprinnelig kontrakt lød på. Dette kan vises med et eksempel fra et videresalg som er foretatt fra *Sjølyststranda Eiendom AS*. Prisen på denne resalgskontrakten er 460 000, det er altså dette beløp kjøper nr. 2 betaler i tillegg til den opprinnelige kjøpesum.

”Sikkerhetsstillelse:

*Sikkerhetsstillelsen fra Sjølyststranda Eiendom AS er basert på kjøpesummen som fremgår av kjøpekontrakten mellom selger⁴⁸ Og Sjølyststranda Eiendom AS. Dette innebærer at slik sikkerhet ikke vil bli stilt for kr. 460.000,- som er avtalt kjøpesum i henhold til denne kjøpekontrakt.”*⁴⁹

I de situasjoner der den videreselgende er entreprenør etter boufl. må det være slik at selgeren plikter å stille garanti for det resterende beløpet. Dersom videreselger er forpliktet etter loven, sier jo § 12 rett ut at ”entreprenør” plikter å stille garanti for oppfyllelsen av avtalen. Jeg kan ikke se at dette kan løses på noen annen måte enn å la selger nr. 2 være ansvarlig for den sum som overstiger det utbygger har stilt garanti for. Da jeg innledningsvis i dette punktet skrev at denne bestemmelsen kan være av stor *teoretisk*

⁴⁸ Her menes kjøper nr. 1, altså den videreselgende part.

⁴⁹ Utdraget er hentet fra en kjøpekontrakt om videresalg av kontraktsposisjon på Sjølyststranda Eiendom. Kontrakten er utviklet av juridisk avdeling på OBOS.

betydning, er det fordi det beløp som overstiger den opprinnelige kjøpesum ofte ikke er særlig stort. I mitt eksempel ovenfor vil gevinsten på videresalget være på 500 000 kr. Her skal det da stilles sikkerhet for 15 000 kr. Det er slett ikke alltid gevinsten ved et videresalg er så stor, og beløpet det skal stilles sikkerhet for kan dermed bli ganske ubetydelig. § 12 første ledd, siste setning avgrenser sikkerhetsstillelsesplikten mot ubetydelige beløp. Her fastslås det at plikten faller bort dersom det kan antas at vederlaget ikke vil overstige to ganger folketrygdens grunnbeløp. Dette betyr dermed at videreselger er unntatt denne plikten dersom gevinsten på videresalget er på rundt 120 000 kroner.⁵⁰

5.3.2 Boufl. § 52. jf. § 53 Avbestilling

Det kan av ulike årsaker oppstå situasjoner der kjøper ønsker å kansellere den foreliggende avtale. Hvis slike situasjoner oppstår kan forbrukeren avbestille ytelsen eller deler av den, mot erstatning til entreprenør eller selger, etter boufl. § 52. Med ”ytelse” skal her forstås entreprenørens eller selgerens plikt til å oppføre eller levere boligen etter avtalens innhold. Bestemmelsens andre til fjerde ledd gjelder ikke i § 1b tilfeller. De erstatningskrav som oppstår på bakgrunn av de kjøpekontrakter jeg behandler i min oppgave reguleres av § 53:

”53 Avbestilling som omfatter rett til grunn

§ 52 andre til fjerde ledd gjeld ikkje når avbestillinga omfatter rett til grunn (jf. § 1 første ledd bokstav b). I slike tilfelle kan entreprenøren krevje skadebot for økonomisk tap så langt forbrukaren rimeleg kunne rekne med tapet som ei følge av avbestillinga. Ved utmålinga gjeld føresegnene i § 36 tilsvarende.”

Etter boufl. § 54 kan det også avtales at et såkalt avbestillingsgebyr skal legges til grunn istedenfor å benytte utmålingen som er skissert i § 53.

⁵⁰ 01.05.05 var folketrygdens grunnbeløp på 60 699 kroner.

”§ 54. Avbestillingsgebyr

I staden for skadebotansvar etter § 52 eller § 53 kan avtalen fastsetje ei normalskadebot (avbestillingsgebyr) ved avbestilling.”

Der en kjøpekontrakt er videresolgt, kan det stilles spørsmål om hvordan avbestillingssituasjonen da skal fortone seg. Hvem forholder kjøper nr. 2 seg til? Og hva er det som er objekt for avbestilling? Det kan enten være *videresalgskontrakten* som er objektet for avbestillingen, og altså kun forholdet mellom kjøper nr. 1 og kjøper nr. 2 som berøres. Ellers kan situasjonen ses på den måten at der er opprinnelig selger som blir berørt av avbestillingen. Dette skjer i så fall på den måte at kjøper nr. 2 retter avbestillingen direkte til utbygger, uten å gå veien innom videreselger. Hva som er rett behandling av problemstillingen, vil jeg tro at kan bero på forholdene rundt videresalget av kontrakten. Hvilken posisjon ”entreprenøren” har kan være avgjørende. Dersom videreselger har kjøpt opp hele eller store deler av boligprosjektet, kan det ikke være mye tvil om at det mest praktiske er at avbestillingen rettes til videreselgeren. Denne kan dermed foreta et dekningsalg, uten at utbygger blir berørt av situasjonen i det hele tatt. Der kjøper nr. 1 er ”entreprenør” i liten målestokk, kan det være inngått en såkalt *transportkontrakt* mellom kjøper 1 og 2 med bistand fra utbygger. Her vil det nok være mest naturlig å rette avbestillingen til opprinnelig selger. Utbygger har jo i slike tilfeller oftest signert på at kjøper nr 1 er fri fra alle sine rettigheter og plikter. Jeg går ikke inn på noen lengre drøftelse av disse problemene, da dette spørsmålet egentlig ikke er av særlig betydning for min oppgave.

5.3.3 Utbetaling av videreselgers eventuelle gevinst

Dette er en problemstilling som reises i alle fire partskonstellasjoner. Når videreselgers eventuelle gevinst av salget skal utbetales er i praksis et viktig, men også et veldig vanskelig spørsmål. Jeg velger derfor kun å påpeke problemet. Dette er fordi det blir for omfattende for min avhandling å gi en fullstendig drøftelse og konklusjon. Spørsmål som

det kan synes å strides om, er når en eventuell fortjeneste av det foretatte videresalg skal utbetales til kjøper nr.1. Skal dette gjøres i forbindelse med det endelige oppgjør av boligen eller skal det gjøres når videresalget finner sted? Dette er et spørsmål som kan være av stor viktighet for videreselger. Dersom boligen kjøpes to år før ferdigstillelse og videreselges etter ett år, er det fortsatt ett år igjen til boligen står ferdig og endelig oppgjør skal foretas. Det kan naturlig nok synes lenge å vente et helt år før en gevinst så utbetales. På den andre side vil det kunne være uheldig for forbrukerkjøper om videreselgers gevinst utbetales før tinglyst skjøte foreligger.

5.4 Forholdet mellom opprinnelig selger og ny forbrukerkjøper

Det kan være av stor interesse å drøfte forholdet mellom opprinnelig selger og ny kjøper i partskonstellasjoner som dette. Selv om den videreselgende part blir forpliktet etter boufl., er det godt mulig at ny kjøper også kan rette krav mot opprinnelig selger. Og ofte vil nok dette også være det mest praktiske. Dersom den videreselgende part er en entreprenør som bare så vidt oppfyller entreprenørkriteriet etter boufl. § 1, er det helt klart det vil være mest gunstig for kjøper nr. 2 å kunne rette eventuelle krav direkte mot utbygger.

Ofte foregår videresalg av kontraktsposisjoner ved at opprinnelig selger godkjenner og aksepterer ny kjøper. I den kontrakt som regulerer forholdet mellom utbygger og kjøper nr. 1 er det ofte inntatt en klausul omhandlende kriteriene for salg av kontraktsposisjon. Den kan lyde slik:

”Kjøper kan ikke uten selgers skriftlige samtykke foreta videresalg av sin kontrakt før overtakelse...”⁵¹

⁵¹ Utdrag fra punkt 16.1 fra ”kjøpekontrakt for eierseksjon under oppføring i prosjektet Nye Major”. kontrakten er utviklet av juridisk avdeling OBOS.

I denne klausulen ligger det at kjøper nr. 1 ikke står fritt til å selge sin kontrakt uten først å få godkjent dette gjennom selger. Selger er ikke på noen måte forpliktet til å godta en hvilken som helst ny kjøper. Ny kjøpers betalingsevne og vilje kan vurderes før godkjenning gis. På denne måten vil opprinnelig selger kunne ha god kontroll med hvem som overtar kontrakten.

I senere tid har det blitt utviklet såkalte *transportkontrakter* som ofte benyttes ved disse videresalgene. Disse er utformet som en treparts kontrakt. Avtalen er i utgangspunktet inngått mellom kjøper nr. 1 og kjøper nr. 2, og så signerer også opprinnelig selger på kontrakten. Kjøper nr. 1 transporterer ved dette sine rettigheter og plikter til kjøper nr. 2., mens opprinnelig selger til slutt samtykker til kontraktstransporten ved å gi sin signatur på avtaledokumentet. I slike situasjoner kan det i høyeste grad sies at opprinnelig selger godtar ny kjøper og bidrar til salget. Utformingen og navnet på denne type kontrakt tilsier at utbyggeren selv anser seg forpliktet overfor ny kjøper i samme grad som det han var overfor opprinnelig kjøper. Det ser ut til at samtlige avtaleparter mener at kjøper nr. 1 faller helt ut av avtalen og at kjøper nr. 2 bare trer inn i første kjøpers sted. Jeg stiller meg kritisk til muligheten til å inngå en slik kontrakt der videreselger regnes som entreprenør etter boufl. I slike tilfeller vil den videreselgende part være forpliktet etter lovens regler overfor forbrukerkjøperen. Da bustadoppføringslovas forbrukervern er preseptorisk⁵², kan det ikke avtales at denne forpliktelsen bortfaller. Dersom en slik transportkontrakt benyttes i tilfeller der videreselger også er entreprenør, vil den ikke få annen betydning enn at opprinnelig selger også blir forpliktet overfor ny kjøper.

Videre vil ny forbrukerkjøpers forhold til opprinnelig selger også reguleres av boufl. § 37, som regulerer forbrukerens krav mot tidligere ledd.

⁵² Jf. Boufl. § 3.

”37. Krav mot bakre ledd

Forbrukaren kan gjere sitt krav som følgje av mangel gjeldande mot ein tidlegare avtalepart som har gjort avtalen som ledd i næringsverksemd, i same mon som mangelen kan gjerast gjeldande av entreprenøren eller annan avtalepart.

Avtale som innskrenkar det kravet entreprenøren eller ein annan avtalepart har, kan ikkje gjerast gjeldande mot forbrukaren i større mon enn det som kunne ha vore avtalt mellom forbrukaren og entreprenøren.”⁵³

Etter denne bestemmelsen kan forbrukerkjøperen rette et direktekrav mot opprinnelig selger, uansett om han har påtatt seg slikt ansvar ved å godkjenne ny kjøper eller ved å bidra til en transportkontrakt. Dette følger også av alminnelig kontraktsrett.

⁵³ Lovteksten i boufl. § 37 første og andre ledd

6 Videre selger er forbruker og ny kjøper er næringsdrivende

Slike tilfeller kan forekomme dersom en bolig i utgangspunktet er kjøpt til forbrukerformål, men at opprinnelig kjøper av en eller annen grunn velger å ikke ta over boligen selv og dermed selger før ferdigstilling. Det er ingenting i veien for at ny kjøper er næringsdrivende, enten i stor eller liten skala. I slike tilfeller må det være klart at selger nr. 2 ikke blir forpliktet etter boufl, jf § 1. Selv om det i dette tilfellet foreligger avtale mellom forbruker og en næringsdrivende. Loven er selvsagt ikke ment å gjelde her. Ikke passer lovteksten om lovens anvendelsesområde heller.

Bustadoppføringsloven vil regulere forholdet mellom opprinnelig selger og kjøper nr.1. Mens det mellom kjøper 1 og 2 ikke vil foreligge særlige lovbestemmelser som regulerer forholdet. Utgangspunktet i denne kjøpeavtalen må derfor være at det er avtalefrihet mellom partene, da det heller ikke synes å finnes noen bestemmelser som beskytter en *forbrukerselger* i tilfeller som dette. Dette må gjelde selv om det er en stor skjevhet i styrkeforholdet mellom kjøper og selger. Der en avtale blir urimelig og skjev må den isteden revideres ved hjelp av avtaletolking eller sikkerhetsventilene i avtalelovens⁵⁴ §§ 33 eller 36.

6.1 Forholdet mellom opprinnelig selger og ny kjøper

Det viktigste og mest interessante spørsmålet som reises i denne konstellasjonen er hvorvidt den forbrukerbeskyttelse kjøper nr. 1 innehar overdras til kjøper nr. 2 ved kontraktoverdragelsen. I den opprinnelige kjøpekontrakt mellom selger og kjøper nr. 1 vil selger være forpliktet etter boufl. Forbrukerkjøperen vil følgelig nyte godt av de forbrukervernregler som gjelder i forholdet til utbygger. Forbrukervernet etter boufl. har kjøper nr.1 ervervet i kraft av å ha status som forbruker. Ved et videresalg av

⁵⁴ Lov av 31. mai 1918 nr. 4

boligkontrakten er det ikke sikkert at forbrukervernet automatisk overføres til ny kjøper. Når ny kjøper ikke er forbruker faller hensynet bak beskyttelsen bort.

Det er selvsagt ingenting i veien for at opprinnelig selger påtar seg et ansvar også overfor den næringsdrivende kjøper. I realiteten fungerer disse kontraktoverdragelser oftest slik at kjøper nr. 1 overdrar "rettigheter og plikter" til kjøper nr. 2. Der opprinnelig selger har godtatt videresalg av kontrakten, og kanskje til og med signert på et dokument som bekrefter videresalget og overføringen av "rettigheter og plikter", kan det lettere tenkes at den næringsdrivende kjøper gis forbukerrettigheter etter bustadoppføringslova.

Der det ikke er underskrevet noen avtale om at den næringsdrivende kjøper overtar videreselgers rettigheter og plikter, er det vanskeligere å argumentere for at forbrukervernet overdras med videresalgskontrakten. Det er i utgangspunktet ingen hensyn som taler for at kjøper nr. 2 her skal beskyttes av forbrukerregler. Det å gi den næringsdrivende oppkjøper et bedre vern enn det han har krav på, kan falle uheldig ut for opprinnelig selger. Dessuten vil det være en tilfeldig fordel for den næringsdrivende at han overtar kontrakten etter en forbruker. Slike tilfeldige fordeler er i utgangspunktet ikke ønskelig. Som hovedregel vil jeg anta at forbrukervernet ikke skal overtas til den næringsdrivende kjøper.

7 Både videreselger og ny kjøper er forbrukere

Hvilke regler gjelder her? I utgangspunktet må det gjelde alminnelig avtalefrihet mellom partene, jf den klare hovedregel i norsk avtalerett. Det må være klart at bustadoppføringslova ikke kommer til anvendelse i situasjoner som dette. Ingen av avtalepartene er næringsdrivende, noe som er et vilkår boufl. anvendelsesområde. Under forarbeidene til den nye forbrukerloven ble det drøftet hvorvidt loven, eller eventuelt deler av den, burde gis anvendelse mellom to forbrukerparter⁵⁵. Her uttales det at forbrukervernreglene i stor grad bygger på at det er en ubalanse i styrkeforholdet mellom partene, og at preseptoriske regler til fordel for den svake part skal jevne ut denne skjevheten. Der det inngås avtale mellom to forbrukerparter vil det som oftest ikke være store skjevheter i styrkeforholdet dem i mellom. Følgelig faller behovet for preseptorisk lovgivning bort. Videre drøftes hensiktsmessigheten ved å la visse bestemmelser om forbrukervern komme til anvendelse. Men det blir konkludert med at dette kan komme til å føre til et forvirrende og uoversiktlig lovverk. Det konkluderes etter dette med at det ikke bør gjelde et preseptorisk forbrukervern ved kjøp mellom to privatpersoner. Det er mest nærliggende å konkludere med at avhendingslova kommer til anvendelse der tilfredsstillende avtale ikke er inngått.

7.1 Forholdet mellom ny kjøper og opprinnelig selger

Det vil være av interesse å kartlegge hvordan kjøper nr. 1 skal forholde seg til selger, og hvordan forholdet mellom kjøper nr. 2 og opprinnelig selger skal reguleres. I konstruksjoner som dette vil opprinnelig selger være forpliktet etter bustadoppføringsloven overfor kjøper nr. 1, jf. Boufl. § 1. Videre er det klart at den videreselgende kjøper ikke blir forpliktet etter boufl. overfor ny kjøper. Problemstillingen blir om kjøper nr. 2 automatisk overtar forbrukervernet fra opprinnelig kjøper. Svaret er ikke åpenbart. Avtalen mellom ”entreprenør og forbruker” foreligger mellom opprinnelig selger og kjøper, det er således

⁵⁵ NOU 1993: 27 punkt 2.2.6, side 37.

disse som oppfyller lovens partskriterier. Kjøper nr.2 har i utgangspunktet kun inngått avtale med en annen forbruker.

Videresalg av boliger der både kjøper og selger er forbrukere vil ofte skje via en eiendomsmegler. I slike situasjoner benyttes stort sett såkalte *resalgskontrakter*. Og ofte er dette resalget godkjent og akseptert av opprinnelig selger. De omtalte *transportkontraktene* vil ofte benyttes for å regulere forhold som dette. Der disse kontrakter benyttes byr ikke situasjonen problemer. Her må det være klart at opprinnelig selger har påtatt seg ansvar overfor ny kjøper. Det er ingen hensyn som taler for at ny kjøper ikke skal nyte godt av forbrukervernet selv om kontrakten ikke er inngått direkte med entreprenøren. I denne partskonstellasjonen ser jeg heller ingen grunn til å ikke fri opprinnelig kjøper fra alle sine forpliktelser der selger har godtatt dette. Opprinnelig kjøper vil dermed falle helt ut av kontraktsforholdet i tilfeller som dette.

8 Litteraturliste

Bergsåker, Trygve: *Kjøp av ny bolig*, Oslo 2000

Bergsåker, Trygve: *Lærebok I Pengekravsrett*, annen utgave Oslo 2001
Lilleholt, Kåre: *Avtale om ny bustad*, Oslo 2001
Hagstrøm, Viggo, i samarbeid med Aarbakke, Magnus: *Obligasjonsrett*, Oslo 2003.
Skattedirektoratets handbøker: *Lignings-ABC 2005*

Lov av 31. mai 1918 nr. 4 *Avtaleloven*
Lov av 16. juni 1989 nr. 63. *Håndverkertjenesteloven*
Lov av 13. mai 1988 nr. 27. *Kjøpsloven*
Lov av 3. juli 1992 nr. 93. *Avhendingslova*
Lov av 13.juni 1997 nr. 43. *Bustadoppføringslova*
Lov av 25. juni 1999 nr. 46. *Finansavtaleloven*
Lov av 21. juni 2002 nr. 34. *Forbrukerkjøpsloven*

Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) *Om lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad*
mm
Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) *Lov om forbrukerkjøp*

NOU 1992: 9 Norges Offentlige Utredninger, *Forbrukarentrepriselov*
NOU 1993: 20 Norges Offentlige Utredninger, *Kjøp av ny bustad*
NOU 1993: 27 Norges Offentlige Utredninger, *Forbrukerkjøpslov*

